النِّهَايَة فِي شَرْحِ الهِدَايَة

للشَّيخ الإمام العلَّامة المحقِّق النَّبيل الفهَّامة

حُسام الدِّين حُسَيْن بن عَلي بن حَجَّاج السِّغْنَاقي

المُتوفَّى سَنَة ٧١٤ هِجْريّة رحمهُ اللّٰه تعالى

تُطْبَع كامِلَةً لِلمرَّة الأُولى في العَالَم

مُحقَّقَة ومُنقَّحَة عن ثمَاني عَشرة (١٨) نسخة خطيَّة

قدَّم لها وحقَّق نصوصها وعلَّق عليها

الحافِظ المولَوي مُحمَّد أَحمَد الحقَّاني الأفغاني

ابن العلَّامة الكبير شيخ الحديث والتفسير الحاج مولانا عبد القادر النّهركارزي

غفر اللّٰه لهما ولوالديهما وأحسن إليهم

الجزء السَّابع

المحتوى :

تابع كتاب البيوع - الصَّرف - الكفالة -
الحوالة - أدب القاضي - الشّهادات

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: النهاية في شرح الهداية

Title: AN-NIHĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

التصنيف: فقه حنفي - شروح

Classification: Hanafit jurisprudence - Explanations

المؤلف: العلامة حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي
(ت ٧١٤ هـ)

Author: Al-Allama Housamuddin Houssein
ben Ali ben Hajjaj Al-Sighnaqi (D. 714 H.)

المحقق: الحافظ المولوي محمّد أحمد الحقاني الأفغاني

Editor: Al-Hafiz Al-Mawlawi Mohammed Ahmad
Al-Hakkani Al-Afghani

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages: (11Parts/11Vols.)	6840	عدد الصفحات: (١١جزء/١١مجلد)
Size:	17 x 24 cm	قياس الصفحات:
Year:	2023 A.D. - 1445 H.	سنة الطباعة:
Printed in: Lebanon		بلد الطباعة: لبنان
Edition: 1st (2 Colors)		الطبعة: الأولى (لونان)

http://www.al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
sales@al-ilmiyah

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN: 978-2-7451-9445-9

بسم الله الرحمن الرحيم

(بَابُ الرِّبَا)

باب الربـا

لمَّا ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠]، ذكر في هذا الباب أنواع البيوع التي نَهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ﴾ [آل عمران: ١٣٠]، وقد نبهتُ مرارًا بأن النهي يعقب الأمر ويقفوه؛ لما أن المنع يقتضي سبق الوجود.

ثم للربا تفسير لغوي وشرعي، أمَّا اللغة: فهو الزيادة، من: ربا المالُ زاد، وينسب إليه فيقال: ربويّ، بكسر الراء، ومنه الأشياء الربوية، وفتح الراء خطأ، كذا في «المغرب».

وأمَّا الشرعي: فيذكر بعد هذا.

اعلم أن الله تعالى جعل المال سببًا لإقامة مصالح العباد في الدنيا، وشرع التجارة لها طريقًا، والتجارة نوعان: حلال يسمى في الشرع: بيعًا، وحرام يُسمى: ربـًا، وكل واحد منهما تجارة، والأصل فيهما قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وحد البيع: مبادلة المال بالمال، وهذا أمر كان معهودًا بينهم والشرع جاء بتقريرهم على ذلك، وقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، هذا مجمل، فإن الربا في اللغة: عبارة عن الفضل والزيادة على ما ذكرنا، وليس المراد بهذا مطلق الفضل بالاتفاق؛ إذ البيع ما شرع في أصله إلا لاكتساب الفضل.

ورُوي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يبين

....

لنا أبواب الربا»، وكان من أرباب اللسان.

واختلفت الصحابة رضي الله عنهم في الربا، وكان من مذهب ابن عباس رضي الله عنهما أن لا ربا إلا في النسيئة، ثم رجع عن ذلك، فدلَّ اختلافهم أن المراد بالكتاب ليس مطلق الفضل، وإنما المراد به فضل مخصوص بجهة.

واختلفوا في ذلك، قال علماؤنا رحمهم الله: الربا نوع بيع فيه فضل مستحق لأحد المتعاقدين، خال عما يقابله من عوض شرط في هذا العقد، وعلى هذا سائر أنواع البيوع الفاسدة، كالبيع بأجل مجهول، أو بشرط منفعة لأحد المتعاقدين، وما أشبه ذلك، من قبيل الربا بتقدير فضل مستحق خال عمَّا يقابله من العوض المشروط، فكان معنى اللغة وهو الفضل معتبَرًا.

وعند الشافعي رحمه الله: البيع هو التصرف المشروع بحده، والربا اسم جعل علَماً على تصرف ينشئه العبد لا على الحد المشروع، من غير اعتبار معنى اللغة فيه، بل صار بعُرف استعمال الشرع موضوعًا لهذه الجملة، فعلى ما عليه قاعدة الخصم لا طريق لمعرفة البيع والربا إلا من جهة الشارع؛ لأن البيع هو التصرف المشروع، والربا ما ليس بمشروع، والمشروعية تتلقى من قبل الشارع، وعلى ما عليه قاعدة كلامنا صفة المشروعية تثبت لأصل البيع الذي كان متعارفًا بين أهل اللسان، فإن الله تعالى أثبت الحل للبيع فانصرف إلى البيع المعهود؛ لأن اللام للتعريف، والربا مخصوص من هذه الجملة بإثبات وصف التحريم.

والدليل على حرمة الربا: الكتاب والسنة.

أمَّا الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقد ذكر الله تعالى لآكل الربا خمساً من العقوبات:

أحدها: التخبط، قيل في معناه: ينتفخ بطنه يوم القيامة بحيث لا تحمله قدماه، وكلما رام القيام يسقط، فيكون بمنزلة الذي أصابه مس من الشيطان، فيصير كالمصروع الذي لا يقدر على أن يقوم.

....

والثانِي: المحق، والمراد به الهلاك والاستئصال، وقيل: ذهاب البركة والاستمتاع حتى لا ينتفع هو به ولا ولده بعد موته.

والثالث: الحرب.(١)

والرابع: الكفر، قال الله تعالى: ﴿وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ ۝٢٧٨﴾ [البقرة: ٢٧٨]، وقال تعالى: ﴿وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ ۝٢٧٦﴾ [البقرة: ٢٧٦]، أي كفار باستحلال الربا.

والخامس: الخلود في النار.

والسنة جاءت بتأييد ما قلنا؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أكل درهمٍ واحدٍ من الربا أشد من ثلاث وثلاثين زنية يزنيها الرجل»، ومن نبتَ لحمه بحرام فالنار أَوْلَى به.

والمقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعـًا، والحرام الذي هو ربًا، ولهذا لما قيل لمحمد رحمه الله: ألا تصنف لنا شيئـًا من الزهد في كتابك؟ قال: قد صنَّفتُ كتاب البيوع، ومراده: بيَّنتُ فيه ما يحل ويحرم، وليس الزهد إلا الاجتناب من الحرام، والرغبة في الحلال، ولهذا بدأ الكتاب بحديث رواه عن أبي حنيفة رحمه الله، عن عطيَّة العوفي، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنهم، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «الذهب بالذهب مثل بمثل يد بيد والفضل ربا، والفضة بالفضة مثل بمثل يد بيد والفضل ربا»، وكذا عدَّ الحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، على هذا الطريق، وهذا حديث مشهور تلقَّته العلماء بالقبول والعمل به.

ومدار هذا الحديث على أربعة نفر من الصحابة: عمر بن الخطاب، وعبادة بن الصامت، وأبي سعيد الخدري، ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهم، مع اختلاف ألفاظهم، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

---

(١) قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ ۝٢٧٨ فَإِن لَّمۡ تَفۡعَلُواْ فَأۡذَنُواْ بِحَرۡبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦۖ﴾ [البقرة: ٢٧٨-٢٧٩].

قَالَ: (الرِّبَا مُحَرَّمٌ فِي كُلِّ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ إِذَا بِيعَ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا) فَالعِلَّةُ عِنْدَنَا الكَيْلُ مَعَ الجِنْسِ وَالوَزْنُ مَعَ الجِنْسِ.

قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَيُقَالُ القَدْرُ مَعَ الجِنْسِ وَهُوَ أَشْمَلُ، وَالأَصْلُ فِيهِ الحَدِيثُ المَشْهُورُ وَهُوَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الحِنْطَةُ بِالحِنْطَةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ،

قوله رحمه الله: الرِّبَا مُحَرَّمٌ فِي كُلِّ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ، أي: حكم الربا الذي هو حرمة الفضل والنسيئة ثابت أو جارٍ في كل مال هو قابل للمكيل أو الوزن.

وقوله: بِيعَ بِجِنْسِهِ، صفة للنكرة، وهي: مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ، أي: تلك الحرمة وهي حرمة الفضل وحرمة النَّساء جميعًا إنما تكون في مكيل إذا بيع بتمليك من جنسه، وكذلك في الموزون.

قوله: فَالعِلَّةُ ... الكَيْلُ مَعَ الجِنْسِ، أي: علة وجوب المساواة التي يلزم عند فوتها الربا: الكَيْلُ مَعَ الجِنْسِ، أَوِ الوَزْنُ مَعَ الجِنْسِ.(١)

قوله: وَيُقَالُ القَدْرُ مَعَ الجِنْسِ وَهُوَ أَشْمَلُ؛ لأنه يتناول الكيل والوزن معًا، بخلاف لفظ الكيل فإنه لا يتناول الوزن، ولفظ الوزن لا يتناول الكيل، وأمَّا لفظ القدر فيشملهما معًا.

ثم قوله: الحِنْطَةُ بِالحِنْطَةِ، ليس المراد منه بيع ما ينطلق عليه اسم الحنطة بالحنطة، فإن بيع حبَّة من حنطة بحبَّة منها لا يجوز؛ لعدم التقوم مع وجود اسم الحنطة فيها، عُلِم بهذا أن المراد منها حنطة موصوفة بوصف، وهي الحنطة التي تدخل تحت المماثلة بدلالة قوله: مِثْلًا بِمِثْلٍ.

والمراد بالمماثلة: المماثلة من حيث الكيل في المكيلات، ومن حيث الوزن في

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): ومعنى قوله: علة الربا القدر والجنس، علة وجوب المساواة التي يلزم عند كون الربا، أو علة كون المال ربويًّا، أو علة حرمة الفضل.

وَالفَضْلُ رِبًا» وَعَدَّ الأَشْيَاءَ السِّتَّةَ: الحِنْطَةَ، وَالشَّعِيرَ، وَالتَّمْرَ، وَالمِلْحَ، وَالذَّهَبَ، وَالفِضَّةَ عَلَى هَذَا المِثَالِ. وَيُرْوَى بِرِوَايَتَيْنِ بِالرَّفْعِ مِثْلٌ وَبِالنَّصْبِ مِثْلًا. وَمَعْنَى الأَوَّلِ

الموزونات؛ بدلالة ما يُروى فيه بروايات آخر: كيلًا بكيل، أو: وزنًا بوزن، مكان قوله: مثلًا بمثل، وكذلك ليس المراد من المماثلة المماثلة من حيث الصفة؛ بدلالة حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: جيّدها ورديها سواء، وكذلك في حديثه أيضًا: تبره وعينه سواء، وهذا تنصيص على أن المراد من المماثلة من حيث الوزن والكيل دون الصفة، وكلام رسول الله صلَّى الله عليه وسلم يفسّر بعضه بعضًا.

ثم معنى قوله صلَّى الله عليه وسلم: «الحِنْطَةُ بِالحِنْطَةِ»، أي: بيعو الحنطة بالحنطة؛ وذلك لأن الباء كلمة إلصاق دخلت على الاسم، فيقتضي إضمار الفعل لا محالة كقولنا: بسم الله، وذلك الفعل المضمر على تقدير رواية الرفع: بيعُ الحنطة بالحنطة، وعلى تقدير النصب بيعوا، ثم الدليل على إضمار بيعوا قوله صلَّى الله عليه وسلم في حديث آخر: «لا تبيعوا البُرّ بالبُرّ إلا سواء بسواء»، والنهي عن الشيء أمر بضده، والأمر للوجوب، والبيع في نفسه مباح لا يأثم تاركه، فلا بد من صرف الأمر إلى معنى يتحقق به الوجوب، وهو وجوب التسوية بدلالة قوله: إلا سواءً بسواءً، أو بدلالة **قوله: مِثْلًا بِمِثْلٍ**، وقد ذكرنا أن المراد بالمثل القدر، فكم من شيءٍ يكون مباحًا في نفسه ولكن يكون واجب الرعاية في صفته وقت مباشرة ذلك الفعل المباح كالنكاح، فإنه أمر مباح في نفسه ولكن عند مباشرته يلزم إحضار الشهود، وكصلاة النافلة أمر مندوب في نفسها، ولكن عند الإقدام عليها يجب على من أقدم استحضار ما تصح به الصلاة من شروطها حسب وجوبه في صلاة الفرض.

وأمّا رواية: بيع الحنطة فهو إخبار في معنى الأمر، فكان كل ما ذكر في حق الأمر مذكورًا في حقه.

ثم المراد من **قوله: مِثْلًا بِمِثْلٍ**، المماثلة من حيث القدر دون الوصف وقد ذكرناه، ومن **قوله: يَدًا بِيَدٍ**، المراد به عندنا عين بعين، وعند الشافعي رحمه الله: قبض بقبض.

قوله: وَالفَضْلُ رِبًا، فتأويله عندنا: الفضل من حيث الكيل حرام، وعند الشافعي

بَيْعُ التَّمْرِ، وَمَعْنَى الثَّانِي بِيعُوا التَّمْرَ، وَالحُكْمُ مَعْلُومٌ بِإِجْمَاعِ القَائِسِينَ لَكِنَّ العِلَّةَ عِنْدَنَا مَا ذَكَرْنَاهُ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -: الطَّعْمُ فِي المَطْعُومَاتِ وَالثَّمَنِيَّةُ فِي الأَثْمَانِ، وَالجِنْسِيَّةُ شَرْطٌ، وَالمُسَاوَاةُ مُخَلِّصٌ. وَالأَصْلُ هُوَ الحُرْمَةُ عِنْدَهُ لِأَنَّهُ نَصَّ عَلَى شَرْطَيْنِ التَّقَابُضِ وَالمُمَاثَلَةِ،

تأويله: فضل ذات أحدهما على الآخر حرام، إلى هذا أشار القاضي الإمام أبو زيد رحمه الله.

قوله: وَالحُكْمُ مَعْلُومٌ بِإِجْمَاعِ القَائِسِينَ، احترازًا عن قول داود من المتأخرين، وقول عثمان البتي من المتقدمين، فعندهما حكم هذا النص غير معلول بالعلة المتعدية إلى غيرها، بل الحكم مقصور على هذه الأشيا الستة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالجِنْسِيَّةُ شَرْطٌ، أي: شرط لعمل العلة عملها، حتى لا يعمل العلة وهي الطعم في المطعومات، والثمنية في المثمنات عنده إلا عند وجود الجنسية، ولا يجعل هو للجنسية أثرًا في تحريم النساء، وعندنا الجنسيه تحرّم النساء بانفرادها، حتى أنه لو أسلم هرويًّا في ثوب هروي لا يجوز عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يجوز بناءً على أن الجنسية عنده شرط، كذا في «المبسوط».

فعُلِم بهذا أن فائدة كون الجنسية شرطًا عنده، وأحد وصفي علة الربا عندنا إنما تظهر فيما إذا وجدت الجنسية في غير الأموال الربوية هل تحرم النَّساء؟ كما لو أسلم ثوبًا هرويًّا في ثوب هرويٍّ عندنا لا يجوز؛ لوجود أحد وصفي العلة، فيثبت الحكم على حياله بحسب قوله وذلك حرمة النَّساء، وعنده يجوز؛ لأن الجنسية عنده شرط العلة، وإنما تعمل العلة عند وجود شرطها؛ لأن الشرط يعمل شيئًا من العمل عند عدم العلة.

قوله: وَالمُسَاوَاةُ مُخَلِّصٌ، أي: يتخلص عن الحرمة بسبب المساواة، وينتفي الحرمة عند ذلك.

قوله: لِأَنَّهُ - أي: لأن الشارع - نَصَّ عَلَى شَرْطَيْنِ، - وهما: - التَّقَابُضِ وَالمُمَاثَلَةِ؛ لأنه قال: يَدًا بِيَدٍ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، أي: قابضًا يدًا بيدٍ، ومماثلًا بمماثلٍ آخر، وهما نصب على الحال،

وَكُلُّ ذَلِكَ يُشْعِرُ بِالعِزَّةِ وَالخَطَرِ كَاشْتِرَاطِ الشَّهَادَةِ فِي النِّكَاحِ، فَيُعَلَّلُ بِعِلَّةٍ تُنَاسِبُ إِظْهَارَ الخَطَرِ وَالعِزَّةِ وَهُوَ الطَّعْمُ لِبَقَاءِ الإِنْسَانِ بِهِ وَالثَّمَنِيَّةُ لِبَقَاءِ الأَمْوَالِ الَّتِي هِيَ مَنَاطُ المَصَالِحِ بِهَا، وَلا أَثَرَ لِلْجِنْسِيَّةِ فِي ذَلِكَ، فَجَعَلْنَاهُ شَرْطًا وَالحُكْمُ قَدْ يَدُورُ مَعَ الشَّرْطِ،

والعامل فيه الفعل المضمر الذي اقتضاه الجار في **قوله: الحِنْطَةُ بِالحِنْطَةِ**، أي: بيعوا الحنطة بالحنطة في هاتين الحالتين، والأحوال شروط كما في قوله: إن دخلتِ الدار راكبة فأنتِ طالق، إلا أنه عدل عن النصب إلى الرفع الذي يدل على الابتداء للدلالة على الثبوت، والدليل على هذا رواية النصب **بقوله: يَدًا بِيَدٍ، مِثْلًا بِمِثْلٍ**.

قوله: وَكُلُّ ذَلِكَ يُشْعِرُ بِالعِزَّةِ، أي: توقيف حل البيع في هذه الأشياء إلى اشتراط التقابض والمماثلة يعلم على أن الموقوف الذي حل بيعه إلى وجود الشرائط عظيم الخطر وجليل القدر عند الشارع، ألا ترى أن واحدًا من الخلفاء والسلاطين عند جلالة قدره وعظمة حاله كيف يعسرُ وصوله إلى شرائط ومقدمات من اشتماله قلوب الحجاب، واسترضاء الوزراء والكتَّاب بالصِّلات والجوائز، فيجعل ذلك دليل عن من توقف أمره إلى شرائط ومقدمات فيما بيننا، فكذلك هاهُنا، فلمَّا توقف أمر حل تناول هذه الأشياء في البياعات إلى مقدمات من اشتراط التقابض والمماثلة بالاتفاق وجبَ أن يعلّل بعلة تناسب خطرها وهي الطعم والثمنية، كما في النكاح لمَّا عظم أمر الفروج توقف حلّ تناوله إلى شرائط ومقدمات، خصوصًا على أصله من عبارة الرجال وحضور الولي والشهود.

قوله: وَلا أَثَرَ لِلْجِنْسِيَّةِ فِي ذَلِكَ، فَجَعَلْنَاهُ شَرْطًا وَالحُكْمُ قَدْ يَدُورُ مَعَ الشَّرْطِ، وهذا لدفع شبهة ترد على جعله الطعم والثمنيَّة علة بأن يقال: كما أن الطعم والثمنية موجودان في هذه الأشياء الستة فالجنسية أيضًا موجودة، وكما أن دوران حكم الربا موجود مع الطعم والثمنية على أصلك، فكذلك دوران حكم الربا أيضًا موجود مع الجنسية في هذه الأشياء، فلِمَ لم تجعل الجنسية علة كما جعلها خصومك أحد وصفي علة الربا مع مشاركة الجنسية

وَلَنَا أَنَّهُ أَوْجَبَ المُمَاثَلَةَ شَرْطًا فِي البَيْعِ وَهُوَ المَقْصُودُ بِسَوْقِهِ تَحْقِيقًا لِمَعْنَى البَيْعِ، إِذْ هُوَ يُنْبِئُ عَنِ التَّقَابُلِ وَذَلِكَ بِالتَّمَاثُلِ،

للطعم والثمنية فيما لهما من وجودهما في هذه الأشياء، ودوران حكم الربا معهما، فأجاب عنه بهذا وقال: نعم كذلك، إلا أن العلية للوصف الذي له أثر في استجلاب ذلك الحكم لا بمجرد الدوران؛ لأن الحكم قد يدور مع الشرط كالرجم يدور الإحصان في الزنا، مع أن الزنا علة والإحصان شرط، وإنما الاعتبار للتأثير وقد وُجدت التأثير للطعم والثمنية لا للجنسيَّة، فلذلك جعلتهما علة لا الجنسية.

إلى هذا أشار في «المبسوط» في تقرير قوله فقال: ثم هاهُنا المعنى الذي تنبئ عن الخطر في الذهب والفضة الثمنيَّة؛ لأنَّهما خلفا لذلك، وبالثمنية حياة الأموال، والمعنى الذي ينبئ عن زيادة الخطر في الأشياء الأربعاء الطعم؛ لأن بالطعم حياة النفوس، فعرفنا أن العلة الموجبة لهذين الشرطين وهما المساواة واليد باليد الطعم والثمنية، فلذلك جعلنا الجنسيَّة شرطًا لا علةً؛ لأن الحكم يدور مع الشرط وجودًا وعدمًا كما يدور مع العلة، لكن الفرق بينهما بالتأثير، وإذا لم يكن في الجنسيَّة ما يُنبئ عن زيادة الخطر ولا يثبت الحكم إلا عند وجوده جعلناه شرطًا لا علةً.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ أَوْجَبَ المُمَاثَلَةَ شَرْطًا، أي: الحديث أوْجَب المماثلة شرطًا؛ لما ذكرنا أن تقدير قوله صلَّى الله عليه وسلم: «مثل بمثل»، أي مماثلًا بمماثل، فكان منصوبًا على الحال، والأحوال شروط كما وجد في قوله: أنت طالق إذا دخلتِ راكبة، لا تطلق إذا دخلت غير راكبة.

قوله: وَهُوَ المَقْصُودُ بِسَوْقِهِ، أي: والمماثلة هي المقصودة بسوق الحديث، لكن ذكرَ الضمير الراجعَ إلى المماثلة هاهُنا؛ لأنه مبتدأ فاتصف بصفه خبره وهو المقصود.

قوله: إِذْ هُوَ يُنْبِئُ عَنِ التَّقَابُلِ - أي: البيع يُنبئ عن التقابل؛ لأن البيع مقابلة المال بالمال - **وَذَلِكَ** - أي: التقابل يحصل- **بِالتَّمَاثُلِ**؛ لأنه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لا يحصل التقابل من كل وجه، فيكون المماثلة شرطًا لأجل تحقيق معنى البيع الذي هو التقابل.

أَوْ صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ عَنِ التَّوَى، أَوْ تَتْمِيمًا لِلْفَائِدَةِ بِاتِّصَالِ التَّسْلِيمِ بِهِ، ثُمَّ يَلْزَمُ عِنْدَ فَوْتِهِ حُرْمَةُ الرِّبَا وَالمُمَاثَلَةُ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ بِاعْتِبَارِ الصُّورَةِ وَالمَعْنَى، وَالمِعْيَارُ يُسَوِّي الذَّاتَ، وَالجِنْسِيَّةُ تُسَوِّي المَعْنَى فَيَظْهَرُ الفَضْلُ عَلَى ذَلِكَ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا، لِأَنَّ الرِّبَا هُوَ الفَضْلُ المُسْتَحَقُّ لِأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ فِي المُعَاوَضَةِ الخَالِي عَنْ عِوَضٍ شُرِطَ فِيهِ،

قوله: أَوْ صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ عَنِ التَّوَى؛ لأن أحد البدلين لو كان أنقص من الآخر ومع ذلك تبادَلَا كان في ذلك إضاعة فضل مال مَن له فضلٌ في ماله، فلذلك كانت المماثلة شرطًا لصيانة الأموال عن التَّوى.

قوله: أَوْ تَتْمِيمًا لِلْفَائِدَةِ بِاتِّصَالِ التَّسْلِيمِ بِهِ، أي: بالمماثلة، يعني: في الذهب والفضة اشترط التماثل بالقبض، فإنَّهما لا يتعينان بالتعيين فيحتاج إلى القبض لتحقيق معنى المماثلة، فكان تتميم الفائدة فيه باتصال التسليم بالتماثل، أي: بعد كون كل واحد منهما مثلًا للآخر يجبُ أن يتصل التسليم بالتماثل حتى يتم فائدة العقد.

ويحتمل أن يكون معناه عامًّا في الأموال كلها، أي: لو لم يكن كل واحد منهما مماثلًا للآخر لا يتم الفائدة بالقبض؛ لأنه إذا كان أحدهما أنقص يكون نفعًا في حق أحد المتعاقدين وضررًا في حق الآخر، وإذا كان مثلًا للآخر يكون نفعًا في حقهما، فتكون الفائدة وهي ثبوت الملك أتمَّ بعد القبض؛ لأنه يكون نفعًا في حقهما جميعًا، بخلاف ما إذا كان أحدهما أنقص من الآخر.

قوله: ثُمَّ يَلْزَمُ عِنْدَ فَوْتِهِ، أي: فوت الشرط وهو المماثلة.

قوله: وَالمِعْيَارُ يُسَوِّي الذَّاتَ، - أي: الصورة - وَالجِنْسِيَّةُ تُسَوِّي المَعْنَى، فإن كيلًا من برٍّ يساوي كيلًا من درٍّ من حيث القدر والصورة، لا من حيث المعنى، وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورةً لا معنًى.

وَلا يُعْتَبَرُ الوَصْفُ لِأَنَّهُ لا يُعَدُّ تَفَاوُتًا عُرْفًا، أَوْ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِهِ سَدَّ بَابِ البِيَاعَاتِ، أَوْ لِقَوْلِهِ – عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ – «جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ» وَالطَّعْمُ وَالثَّمَنِيَّةُ مِنْ أَعْظَمِ وُجُوهِ المَنَافِعِ، وَالسَّبِيلُ فِي مِثْلِهَا الإِطْلَاقُ بِأَبْلَغِ الوُجُوهِ لِشِدَّةِ الاحْتِيَاجِ إِلَيْهَا

قوله: وَلا يُعْتَبَرُ الوَصْفُ، فيه وهو: أن يكون أحدهما أَجْوَدُ من الآخر، فإن الجودة ساقطة العبرة عند المقابلة بجنسها.

وذكر في «الإيضاح»: فإذا استوى الذاتان صورة ومعنى تساويا في المالية، والفضلُ من حيث الجودة ساقطة العبرة في المكيلات والموزونات؛ لأن التفاوت في ذلك يقل وهذا يرجع إلى العرف، فإن الناس لا يعدون التفاوت في المكيلات والموزونات إلا من باب اليسير، ولهذا صير لمعرفة قدر الماليَّة إلى الكيل دون بيان الأوصاف.

قوله: أَوْ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِهِ سَدَّ بَابِ البِيَاعَاتِ، أي: في اعتبار الوصف سدّ باب البياعات؛ لأن الحنطة لا تكون مثلًا لحنطة أخرى من كل وجه لا محالة.

قوله: وَالسَّبِيلُ فِي مِثْلِهَا الإِطْلَاقُ، أي: السبيل في مثل الأشياء التي يتعلق بها وجوه المنافع التوسعة والإطلاق لا التضييق، فإن السنة الإلهية جرت في حق جنس الإنس وسائر الحيوانات أينما كان الاحتياج إليها أكثر كان أمرها في الوجود وإطلاق الشرع فيها أوسع، فاعتبره بالهواء، والماء، وعلف الدواب والناس، والخبز، والسكر، والترياق، ولا شك أن احتياج المخلوقين إلى الهواء أكثر من احتياجهم إلى الماء، فكذلك فيما بعدهما على الترتيب، وإذا كان كذلك كان تعليله بما يوجب التضييقَ والسنة الإلهية في مثله التوسعة تعليلًا بفساد الوضع؛ إذ علته يقتضي ما يضاد وضعَه في الحكم؛ لأن المعنى من فساد الوضع هو أن يفسُد وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل؛ لأنه يقتضي خلاف ذلك الحكم كإيجاب الفرقة بإسلام أحد الزوجين، والإسلام عهد عاصمًا للأملاك لا مفرقًا، ثم إسنادُ الفرقة إلى الإسلام كان فاسدًا في وضعه، وهنا كذلك، فعُلِم بهذا أن قوله: فَيُعَلَّلُ بِعِلَّةٍ تُنَاسِبُ إِظْهَارَ الخَطَرِ، إلى آخره، كان فاسدًا في مخرجه، بل كان ذلك يُنافر حكم خطره ولا يناسبه.

دُونَ التَّضْيِيقِ فِيهِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِمَا ذَكَرَهُ، إِذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ إِذًا: بَيْعُ المَكِيلِ أَوِ المَوْزُونِ بِجِنْسِهِ مِثْلًا بِمِثْلٍ جَازَ البَيْعُ فِيهِ لِوُجُوبِ شَرْطِ الجَوَازِ، وَهُوَ المُمَاثَلَةُ فِي المِعْيَارِ؛ أَلَا تَرَى إِلَى مَا يُرْوَى مَكَانَ قَوْلِهِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ كَيْلًا بِكَيْلٍ، وَفِي الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ (وَإِنْ تَفَاضَلَا لَمْ يَجُزْ) لِتَحَقُّقِ الرِّبَا (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الجَيِّدِ بِالرَّدِيءِ مِمَّا فِيهِ الرِّبَا إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ) لِإِهْدَارِ التَّفَاوُتِ فِي الوَصْفِ.

وذكر في «المبسوط» في جواب قوله: وهذا ولأن الطعم عبارة عن أعظم وجوه الانتفاع بالمال، وكذلك الثمنية فإنَّها تنبئ عن شدَّة الحاجة إليه، وتأثير الحاجة في الإباحة لا في الحرمة، كتناول الميتة يحل باعتبار الضرورة، ولا معنى لما قال: أن الشرع ما حرَّم البيع في هذه الأموال إلا بشرطين، فإن الشرع ما حرَّم في هذه الأموال إلا ما حرَّم في سائر الأموال وهو الفضل الخالي عن المقابلة؛ وهذا لأن هذه الأموال بذلة كسائر الأموال حتى يجوز تناولها بدون الملك بالإباحة، وبالملك بغير عوض وهو الهبة، بخلاف البضع فإنه مصون عن الابتذال ملحق بالنفوس، فيجوز أن يشترط في النكاح زيادة شرط لإظهار خطر المحل.

والذي قال: القدر أي: المساواة علة للخلاص، قلنا: لا كذلك، فقد بيَّنا أن جواز البيع في هذا الأموال أصلٌ، فحيث يفسد إنما يفسد لوجود العلة المفسدة، فأمَّا الجواز فباعتبار الأصل لا باعتبار المخلص، وإن كان هذا مخلصًا فهو مخلص في حالة التَّساوي وعلة الربا في حالة الفضل، والشيء الواحد يتضمن حكمين في محلين كالنكاح يثبت الحل في المنكوحة والحرمة في أمّها، وإنما جعلنا القدر مخلصًا؛ لأن الخلاص عن الربا بالمساواة في القدر، وذلك لا يعرف إلا بالكيل والوزن، وكذلك الوقوع في الربا بالفضل على القدر، وذلك لا يعرف إلا بالكيل والوزن، وإنما قلنا أن الجواز أصل في الأموال الربوية؛ لأن النبي صلَّى الله عليه وسلم قال: «الحِنْطَةُ بِالحِنْطَةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ»، فقد أوْجَب المماثلة لجواز العقد، ثم جعل الفضل بعد تلك المماثلة ربـًا بقوله: «وَالفَضْلُ رِبًا».

وفي الحديث الآخر قال: «لا تبيعوا البر بالبر إلا سواء بسواء»، وبالإجماع المراد

(وَيَجُوزُ بَيْعُ الحَفْنَةِ بِالحَفْنَتَيْنِ وَالتُّفَّاحَةِ بِالتُّفَّاحَتَيْنِ) لِأَنَّ المُسَاوَاةَ بِالمِعْيَارِ وَلَمْ يُوجَدْ فَلَمْ يَتَحَقَّقِ الفَضْلُ، وَلِهَذَا كَانَ مَضْمُونًا بِالقِيمَةِ عِنْدَ الإِتْلَافِ، وَعِنْدَ

المساواة في الكيل، فعرفنا أن المراد اشتراط المماثلة لجواز العقد؛ لأن الكلام المقيد بالاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى، فيكون المعنى فساد البيع عند عدم المماثلة التي هي واجبة، وإذا ثبتَ أن الحكم وجوب المماثلة، ولا يتصور ثبوت الحكم بدون محله، عرفنا أن المحل الذي لا يقبل المماثلة لا يكون مال الربا أصلًا، والحفنة والتفاحة لا تقبل هذه المماثلة بالاتفاق، فلم يكن مال الربا فكانت باقية تحت قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فيحل بيعها وإن تفاضلا، هذا على طريق التغليب، فإن المراد منه: فإن فضل أحدهما على الآخر.

ثم لمَّا ذكر جواز البيع في المكيل والموزون عند المماثلة بالمعيار الشرعي، وعدم الجواز عند التفاضل، أي: عند فضل أحدهما على الآخر عند التسوية بالمعيار الشرعي لزم الجواز فيما لا يدخل تحت المعيار الشرعي، سواءٌ كان ذلك في المكيل أو في الموزون، فلذلك قلنا بجواز بيع الحفنة بالحفنتين أو بالحفنة، وجواز بيع ذرَّة بذرَّة في الذهب والفضة.

وفي «مختلفات المغني» رحمه الله: وفي الذهب والفضة إذا كان بحيث لا يدخل تحت الوزن كالذرَّة لا يثبت ربا الفضل، كما في بيع الحفنة بالحفنتين.

وذكر في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله في مسألة بيع الفلس بالفلسين: ولهذا يجوز بيع الذرة بالذرة التي لا تدخل تحت الوزن، كبيع الحفنة بالحفنتين؛ لإهدار التفاوت في الوصف بقوله: «جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ».

قوله: وَيَجُوزُ بَيْعُ الحَفْنَةِ بِالحَفْنَتَيْنِ، الحفنة: ملءَ الكفِّ، والاختلاف بيننا وبين الشافعي غير منحصر في بيع الحفنة بالحفنتين، وبيع التفاحة بالتفاحتين، بل الاختلاف ثابت في بيع الحفنة بالحفنة، وبيع التفاحة بالتفاحة أيضًا، فعندنا يجوز فيهما جميعًا، وعنده لا يجوز فيهما جميعًا؛ لوجود الطعم وعدم المسوِّي، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: وَلِهَذَا كَانَ مَضْمُونًا بِالقِيمَةِ عِنْدَ الإِتْلَافِ، وهذا لإيضاح أن الحفنة والحفنتين

الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - العِلَّةُ هِيَ الطَّعْمُ وَلا مَخْلَصَ وَهُوَ المُسَاوَاةُ فَيَحْرُمُ، وَمَا دُونَ نِصْفِ الصَّاعِ فَهُوَ فِي حُكْمِ الحَفْنَةِ لِأَنَّهُ لا تَقْدِيرَ فِي الشَّرْعِ بِمَا دُونَهُ، وَلَوْ تَبَايَعَا مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا غَيْرَ مَطْعُومٍ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا كَالجَصِّ وَالحَدِيدِ لا يَجُوزُ عِنْدَنَا لِوُجُودِ القَدْرِ وَالجِنْسِ،

والتفاحة والتفاحتين لم يدخل تحت المعيار الشرعي، فلا يكون هي من المكيلات والموزونات، والدليل على هذا وجوب القيمة عند الإتلاف لا مثلها، فلو بقيت مكيلة أو موزونة لوجبَ مثلها، فإن المكيلات والموزونات كلها من ذوات الأمثال لا من ذوات القيم.

قوله: وَمَا دُونَ نِصْفِ الصَّاعِ فَهُوَ فِي حُكْمِ الحَفْنَةِ، أي: يجوز بيع الواحد بالاثنين فيما لا يدخل تحت نصف الصاع من المكيلات، حتى أنه لو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع.

ثمَّ اعلم أن هاهُنا دقيقة وهي: أن الحنطة أو سائر المكيلات يجوز بيعها فيما دون نصف صاع بجنسها من غير اعتبار التسوية، فيما إذا كان واحد من البدلين لا يدخل تحت نصف الصاع، وأمَّا إذا كان أحد البدلين لا يبلغ حد نصف الصاع، والآخر يبلغ حد نصف الصاع أو أكثر فبيع أحدهما بالآخر لا يجوز، نصَّ على هذا في «المبسوط» وقال: لو باع حفنة بقفيز لا يجوز، والفقه فيه هو أن سقوط قيمة الجوزة في الأموال الربوية باعتبار شرط تحقيق المساواة، وقد ذكرنا أنَّ المساواة إنما تكون بالكيل الشرعي في المكيلات، فكانت المساواة حينئذٍ باعتبار الذات، ويظهر الفضل الخالي عند المقابلة، فيكون الواحد بالاثنين أو أكثر فيحرم.

بخلاف الحفنة بالحفنتين؛ فإن كل واحد من البدلين هاهُنا تقابل الآخر في البيع من غير اعتبار القفيز وهو المسوِّي الشرعي بدون اعتباره للجودة قيمةٌ، ولا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة، وإذا قوبل الحفنة بالحفنتين يجعل كأن الحفنة هي الجيدة تقابل بجودتها الحفنتين اللتين هما دونها في الجودة فيتساويان في القيمة، وإن لم يتساويا في الذات فيجوز.

وَعِنْدَهُ يَجُوزُ لِعَدَمِ الطَّعْمِ وَالثَّمَنِيَّةِ.

قَالَ: (وَإِذَا عُدِمَ الوَصْفَانِ الجِنْسُ وَالمَعْنَى المَضْمُومُ إِلَيْهِ حَلَّ التَّفَاضُلُ وَالنَّسَاءُ) لِعَدَمِ العِلَّةِ المُحَرِّمَةِ وَالأَصْلُ فِيهِ الإِبَاحَةُ، وَإِذَا وُجِدَا حَرُمَ التَّفَاضُلُ وَالنَّسَاءُ لِوُجُودِ العِلَّةِ، وَإِذَا وُجِدَ أَحَدُهُمَا وَعُدِمَ الآخَرُ حَلَّ التَّفَاضُلُ وَحَرُمَ النَّسَاءُ مِثْلَ أَنْ يُسَلِّمَ هَرَوِيًّا فِي هَرَوِيٍّ أَوْ حِنْطَةً فِي شَعِيرٍ، فَحُرْمَةُ رِبَا الفَضْلِ بِالوَصْفَيْنِ،

قوله: وَعِنْدَهُ يَجُوزُ لِعَدَمِ الطَّعْمِ وَالثَّمَنِيَّةِ، وأمَّا لو تبايعا وزنيًّا بوزنِيٍّ وهو مأكول أو مشروب، كالدهن والزيت والرُّبِّ في الحل لا يجوز إلا وزنًا بوزن في قولهم جميعًا لكن باختلاف التخريج، أمَّا عندنا فلوجود الوزن، وأمَّا عند الشافعي رحمه الله فلوجود الطعم.

قوله: وَإِذَا عُدِمَ الوَصْفَانِ، إلى أن قال: حَلَّ التَّفَاضُلُ، فإن قيل: كيف أضافَ وجود الحل إلى عدم الوصفين والعدم ليس بشيءٍ، ومثبت الحل والحرمة يجبُ أن يكون شيئًا؛ إذ إثبات العدم شيئًا من الأشياء محال عقلًا وشرعًا.

قلنا: الأصل في البياعات الإباحة على ما ذكرنا، والحَظْر إنما يكون لمانع، فإذا عدم الحاظر من البين أثبت الدليل الوجودي الذي هو الأصل في الإباحة إباحته، وهو قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، لا أن العدم أثبت الحل لكن أضيف الحكم إلى وقت انعدام الحاظر؛ لثبوت الحل عند فوت ثبوت الانعدام، كما لو حلف لا يكلم فلانًا إلى شهر فمضى الشهر حل التكلم من غير حنث باعتبار الإباحة الأصليَّة؛ لأن انعدام الشهر أثبت حل التكلم، ومع ذلك قد يضاف حل التكلم إلى انعدام الشهر تجوزًا، فكذا هنا، فصار تقدير قوله: وَإِذَا عُدِمَ الوَصْفَانِ حَلَّ التَّفَاضُلُ، أي: إذا عدم الوصفان حينئذٍ جاء أوان دليل الحل أن يعمل عملَه.

قوله: وَالمَعْنَى المَضْمُومُ إِلَيْهِ، وهو القدر، أي: الوزن أو الكيل.

قوله: وَالنَّسَاءُ، بالمد لا غير: التأخير، يقال: بعتُه بنَساء، كذا في «المغرب».

وَحُرْمَةُ النَّسَاءِ بِأَحَدِهِمَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الجِنْسُ بِانْفِرَادِهِ لا يُحَرِّمُ النَّسَاءَ؛ لِأَنَّ

قوله: وَحُرْمَةُ النَّسَاءِ بِأَحَدِهِمَا، حتى لو باع عبدًا بعبد إلى أجل لا يجوز؛ لوجود الجنسية وهي بانفرادها تحرم النساء.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: الجِنْسُ بِانْفِرَادِهِ لا يُحَرِّمُ النَّسَاءَ؛ لأن الجنسية عنده شرط لا علة، والنكتة له في هذا أن هذا العقد جمع بين بدلين لو قوبل كل واحد منهما بجنسه عينًا حلَّ التفاضل بينهما، فيجوز إسلام أحدهما في الآخر كالهروي مع الهروي، وتأثير هذا أن باعتبار التأجيل في أحد البدلين يظهر التفاوت في المالية حكمًا، والتفاوت في المالية حقيقةً أكثر تأثيرًا من التفاوت في المالية حكمًا، فإذا كان التفاوت في المالية في هذه الأموال حقيقةً لا أثر لها في المنع من جواز العقد فالتفاوت حكمًا أَوْلَى.

وحجَّتنا في ذلك ما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلم: أنه نَهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئةً، ولا يحمل هذا على النسيئة من الجانبين؛ لأن ذلك مستفاد بنهيه صلَّى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ؛ ولأنه إذا قيل: باع فلان عبده بالحيوان نسيئةً، فإنما يفهم منه النسيئة في البدل خاصة، ومطلق الكلام محمول على ما يتفاهمه الناس، ولا يستقيمُ اعتبار النَّساء بربا الفضل، لاتفاقنا على أن ربا النَّساء أعم حتى يثبت في بيع الحنطة بالشعير اعتبارًا، وإن كان لا يثبت ربا الفضل؛ ولأن إسلام الشيء في جنسه يؤدي إلى إخلاء العقد عن الفائدة، وإلى أن يكون الشيء الواحد عوضًا ومعوّضًا، وإلى فضل خال عن العوض مستحق بالبيع، وذلك باطل.

بيانه: أنه إذا أسلم ثوبًا هرويًّا في ثوب هرويٍّ فإنه يلزم تسليم رأس المال في الحال، ثم إذا حل الأجل يرد ذلك الثوب بعينه، والمقبوض بحكم السلم في حكم عين ما يتناوله العقد، فلو جوَّزنا هذا العقد لم يكن مفيدًا شيئًا، ويكون الثوب الواحد عوضًا ومعوضًا، وإذا أسلم ثوبًا هرويًّا في ثوبين هرويّين لو جوَّزنا ذلك لكان إذا حل الأجل أخذ منه ذلك الثوب بعينه وثوبًا آخر، فالثوب الآخر يكون فضلًا خاليًا عن العوض مستحقًّا بالبيع وهو الربا بعينه، كذا في «المبسوط».

بِالنَّقْدِيَّةِ وَعَدَمِهَا لا يَثْبُتُ إِلَّا شُبْهَةُ الفَضْلِ، وَحَقِيقَةُ الفَضْلِ غَيْرُ مَانِعٍ فِيهِ حَتَّى يَجُوزَ بَيْعُ الوَاحِدِ بِالِاثْنَيْنِ فَالشُّبْهَةُ أَوْلَى، وَلَنَا أَنَّهُ مَالُ الرِّبَا مِنْ وَجْهٍ نَظَرًا إِلَى القَدْرِ أَوِ الجِنْسِ وَالنَّقْدِيَّةُ أَوْجَبَتْ فَضْلًا فِي المَالِيَّةِ فَتَتَحَقَّقُ شُبْهَةُ الرِّبَا وَهِيَ مَانِعَةٌ كَالحَقِيقَةِ،

وقوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: الجِنْسُ بِانْفِرَادِهِ لا يُحَرِّمُ النَّسَاءَ، خص الجنس بانفراده وليس للتخصيص به عنده زيادة فائدة، فإن عند الشافعي رحمه الله كما أن الجنس بانفراده لا يحرم النساء، فكذلك الكيل والوزن بانفراده أيضًا لا يحرم النساء.

وحاصله أن وجود أحد وصفي الربا من الجنس والقدر لا يحرّم النساء، فإن عنده إسلام الثوب الهرويّ في الثوب الهرويّ يجوز، وكذلك إسلام المكيلات في المكيلات، والموزونات في الموزونات، نحو الحديد والرصاص يجوز عنده، والشافعي ينكر حرمة النساء، فورد عليه حرمة النساء في المطعوم فيقول: التقابضُ في بيع المطعوم بالمطعوم شرط جواز العقد، فينعدم الجواز لانعدام التقابض لا لكونه نساءً، قلنا: هذا خرقٌ لإجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإن الصحابة اتفقوا على حرمة النساء، كذا في «الإيضاح».

قوله: فَالشُّبْهَةُ أَوْلَى، أي: أوْلَى أن لا يكون مانعة.

قوله: نَظَرًا إِلَى القَدْرِ، أي: نظرًا إلى أن القدر الواحد وهو الكيل جمعهما كما في الحنطة مع الشعير، بأن كان أحدهما نقدًا والآخر نسيئةً.

قوله: أَوِ الجِنْسِ، أي: أوْلَى، أي: نظرًا إلى أن الجنس الواحد الذي جمعهما، كما في الثوب الهروي مع الثوب الهروي إذا كان أحدهما نقدًا والآخر نسيئةً.

قوله: فَتَتَحَقَّقُ شُبْهَةُ الرِّبَا وَهِيَ مَانِعَةٌ، أي: عن جواز البيع في النسيئة؛ وهذا لما عُرف أن كل حكم تعلق بوصفين مؤثرين لا يتم نصابُ العلة إلا بهما، فلكل واحد منهما شبهة العلية، فبوجود القدر أو الجنس يثبت شبهة العلة.(١)

---

(١) في هامش نسخة (بغ): أي: حل التفاضل والنساء بعدم الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة؛ إذ الأصل الجواز بحكم ما بيَّنا، والحرمة تعارض فيجوز ما لم يثبت صحَّة دليل الحرمة. (مظهر شرح كنز)

....

قوله: وَالنَّقْدِيَّةُ أَوْجَبَتْ فَضْلًا فِي المَالِيَّةِ فَتَتَحَقَّقُ شُبْهَةُ الرِّبَا، فيثبت شبهة العلة وهي أحد الوصفين.

ثم هو علة تامة لحرمة النساء وإن كان جزء العلة لحرمة الفضل، فلا يؤدي إلى توزيع أجزاء الحكم على أجزاء العلة.

ثم اعلم أن علة الربا علة ذات وصفين: القدر والجنس، ولها من حكم الربا حكمان: حرمة حقيقة الفضل، وحرمة شبهة الفضل، وهي نساء أحد البدلين عند نقد الآخر؛ لما ذكرنا أن للنقد من المزية على النَّساء فكان للنقد شبهة الفضل، فإذا وجد أحد وصفي علة الربا كان له شبهة العلة أيضًا، فيثبت به أيضًا حرمة شبهة الفضل وهي حرمة نقد أحد البدلين عند نساء الآخر وفاقًا وطباقًا لما بين العلة وحكمها؛ لأن عند اجتماع وصفي علة الربا كانت العلة حقيقةً فيثبت به أيضًا حرمة حقيقة الفضل وشبهته، فلمَّا انحط درجة العلية من الحقيقة إلى الشبهة عند وجود أحد وصفي علة الربا أوجبت حرمة شبهة الفضل؛ للمناسبة بين العلَّة وحكمها، ولو انعكس الحكم بأن يثبت حرمة حقيقة الفضل عند وجود شبهة العلة حينئذٍ يربوا الحكم على العلَّة، فلا يبقى الطباق والمناسة بين العلة وحكمها.

فإن قيل: النَّساء حرام في الأموال الربوية باعتبار شبهة الربا، وهي وجود نقد ما يقابلها من البدل في أن للنقد شبهة المزية على النساء، ثم الأموال التي ليست هي في أصلها من الأموال الربوية كالهروي مع الهروي صارت شبهة الأموال الربوية باعتبار وجود أحد وصفي علة الربا فيها وهو الجنسية، فحينئذٍ كان في اعتبار حرمة النساء في تلك الأموال اعتبارًا لشبهة الشبهة، وهي غير معتبرة في موضع من المواضع.

قلنا: نعم كذلك، إلا أن كل قياس بمقابلة النص ينضال ويتصور، وكل معقول بمقابلة السمعي يتصاغر ويتهور، وقد ذكرنا من نَهي النبي صلَّى الله عليه وسلم عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئةً، فثبتَ بهذا أن ما يتراءى أنه من شبهة الشبهة فهي شبهة الربا، وقد نَهى النبي صلَّى الله عليه وسلم عن شبهة الربا؛ لما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلم أنه نَهى عن الربا

إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ النُّقُودَ فِي الزَّعْفَرَانِ وَنَحْوِهِ يَجُوزُ، وَإِنْ جَمَعَهُمَا الوَزْنُ لِأَنَّهُمَا لا يَتَّفِقَانِ فِي صِفَةِ الوَزْنِ، فَإِنَّ الزَّعْفَرَانَ يُوزَنُ بِالأَمْنَاءِ وَهُوَ مُثَمَّنٌ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ،

أو الريبة؛ وذلك لأنه لمَّا وجدت الجنسية في شيء من الأموال كانت شبهة على الربا موجودة فيه؛ لما ذكرنا أن اسم شبهة الربا إنما يطلق على الشيء الذي يوجد فيه أحد وصفي الربا، أو قد وجدت الجنسية، فكانت شبهة علة الربا موجودة فيترتَّب عليها حكمها.

وقوله: إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ النُّقُودَ فِي الزَّعْفَرَانِ، هذا استثناء من قوله: وَإِذَا وُجِدَ أَحَدُهُمَا وَعُدِمَ الآخَرُ حَلَّ التَّفَاضُلُ وَحَرُمَ النَّسَاءُ، فإن ذلك اللفظ بإطلاقه يتناول كل ما يوجد فيه أحد وصفي الربا من الجنس والقدر، ولا يجوز إسلام أحدهما في الآخر كإسلام الثوب الهروي في الثوب الهروي لوجود الجنسية، وإسلام الحنطة في الشعير لوجود الكيل فيهما، وإسلام الحديد في الرصاص لوجود الوزن فيهما.

ثم ورد عليه إسلام النقود في الزعفران فإنه يجوز مع أن الوزن فيهما موجود، فكان أحد وصفي علة الربا موجودًا فينبغي أن لا يجوز نظرًا إلى ذلك الإطلاق، واستثنى ذلك بقوله: إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ النُّقُودَ فِي الزَّعْفَرَانِ وَنَحْوِهِ - كالقطن والحديد - يَجُوزُ، وَإِنْ جَمَعَهُمَا الوَزْنُ.

وكذا ذكر في «الإيضاح» بقوله: وإسلام الموزونات في الموزونات لا يجوز عندنا، إلا في مسألة واحدة وهي إسلام الدراهم والدنانير فيما يوزن يجوز، وإن جمعهما أحد الوصفين وهو الوزن.

ثم اختلف تعليل مشايخنا في ذلك على وجهين ذكرهما في «الإيضاح» فقال: وإنما جاز ذلك؛ لأن الشرع رخَّص في السلم، والأصل في رأس المال هو الدراهم والدنانير، فمتى قلنا بامتناع الجواز لوجود أحد الوصفين ينسد باب السلم في الموزونات على ما عليه الأصل والغالب، فأثَّر شرعُ الرخصة في التجويز، وهذا ظاهر من الفرق.

ووجه آخر: وهو أن الوزن في الدراهم والدنانير وسائر الموزونات وإن اتحد صورةً فقد اختلف معنًى، فإن الوزن في الدراهم والدنانير أخذ معنى تعيين المستحق بالعقد،

وَالنُّقُودُ تُوزَنُ بِالسَّنْجَاتِ وَهُوَ ثَمَنٌ لا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ،

وفي غيرهما لم يأخذ معنى تعيين المستحق بالعقد، فإن من اشترى دنانير أو دراهم موازنة كان له أن يبيعه موازنة من غير أن يعيد الوزن، وبمثله لو اشترى زعفرانًا موازنة لم يكن له أن يبيعه موازنة حتى يعيد الوزن، فإذا اختلف معنى الوزن من هذا الوجه نقول: إذا اتفقا في الوزن من كل وجه امتنع النساء لشبهة الربا؛ لوجود أحد وصفي علة الربا، فإذا وجد الاتفاق في الوزن من وجه دون وجه انحطت الشبهة إلى شبهة الشبهة وإنَّها غير معتبرة.

وفي «المبسوط» رد الوجه الأول من التعليل ذكره في تفسير قول إبراهيم النخعي رحمه الله فقال: وقوله: لا يسلم ما يوزن فيما يوزن غير مجرًى على ظاهره، بل المراد إذا كانا متفقين في المعنى بأن كانا مثمنين، كالزعفران مع القطن، فأمَّا إذا كانا مختلفين في المعنى فذلك جائز، كما لو أسلم النقود في الزعفران، أو الحديد، أو القطن.

ثم قال: والعراقيون من مشايخنا يقولون: الجواز للحاجة؛ لأن رأس المال يكون من النقود عادةً، والحاجة يمس إلى إسلامها في الموزونات والمكيلات جميعًا، ولكن هذا كلام من يجوّز تخصيص العلة الشرعية، ولسنا نقول به بل نقول: اتفاقهما في الوزن صورةً لا معنًى وحكمًا، فإن الوزن في النقود ليس نظير الوزن في الزعفران، فَإِنَّ الزَّعْفَرَانَ يُوزَنُ بِالأَمْنَاءِ، ويكون مثمنًا يتعين في العقود، والنقد يوزن بالصَّنجات ويكون ثمنًا لا يتعين في العقد.

ومن حيث الحكم صفة الدين يلزم في الزعفران، حتى لو اشترى زعفرانًا بشرط الوزن ليس له أن يتصرف فيه قبل أن يزنه، فما كان هذا إلا نظير الموزون مع المكيل، فإنَّهما استويا من حيث أن كل واحد منهما مقدر صفته، ولكن لمَّا اختلفا في المعنى والحكم جُوِّز إسلام أحدهما في الآخر، فكذلك النقود مع سائر الموزونات.

فلمَّا علمنا ما هو المذكور في الكتابين - أي: «الإيضاح»، و«المبسوط» - جئنا إلى لفظ الكتاب: وَالنُّقُودُ تُوزَنُ بِالصَّنْجَاتِ، الصَّنجة: سنگ ترازو، وصنجة الميزان: معرّبه، ولا يقال: سنجة بالسين عن ابن السكيت، هكذا كان بخط الإمام تاج الدين الزرنوجي رحمه الله.

وفي «المغرب»: الصَّنجات بالتحريك جمع صنجة بالتسكين، وعن الفراء: السين

وَلَوْ بَاعَ بِالنُّقُودِ مُوَازَنَةً وَقَبَضَهَا صَحَّ التَّصَرُّفُ فِيهَا قَبْلَ الوَزْنِ، وَفِي الزَّعْفَرَانِ وَأَشْبَاهِهِ لا يَجُوزُ، فَإِذَا اخْتَلَفَا فِيهِ صُورَةً وَمَعْنًى وَحُكْمًا لَمْ يَجْمَعْهُمَا القَدْرُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَتَنْزِلُ الشُّبْهَةُ فِيهِ إِلَى شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ.

أفصح، وأنكره القتبي أصلًا، ذكره في باب الصاد.

قوله: وَلَوْ بَاعَ بِالنُّقُودِ مُوَازَنَةً، هكذا صحَّ في متن الكتاب، أي: باع الزعفران وأشباهه بالنقود، وفي حاشية الكتاب: ولو باع النقود جعل نسخة، يعني: باع النقود بالعروض، ثم كتبَ شيخي رحمه الله في حاشية كتابه: في «المبسوط» كما ذكر في المتن، وفي «الإيضاح» كما أثبتُّ في الحاشية.

وقوله: وَقَبَضَهَا - أي وقبض النقود وهي الدراهم والدنانير - صَحَّ التَّصَرُّفُ فِيهَا قَبْلَ الوَزْنِ، أي: في النقود، بهذا تبيَّن عدم اتفاق الزعفران مع الدراهم والدنانير في الحكم أيضًا، وهو عدم جواز التصرف في الزعفران قبل الوزن، وجوازه في النقود قبل الوزن، يعني: أنه إذا باع الزعفران بشرط الوزن بأن يقول: بعتُ هذا الزعفران على أنه منٌّ أو منَّان، وقبل المشتري ذلك، ليس للمشتري أن يتصرف فيه بالبيع وغيره من غير إعادة الوزن، كما في سائر السلع.

أمَّا لو باع منًّا من الزعفران بالنقود المشار إليها، فقال المشتري: اشتريتُ هذا الزعفران بهذه النقود المشار إليها بشرط أنَّها خمسة أو عشرة دنانير فقبل البائع منه ذلك، فللبائع أن يتصرف في تلك النقود بأن يشتري بها شيئًا، أو يتصرف فيها بوجه آخر قبل إعادة الوزن في النقود، فعُلِم بهذا أنَّهما لم يتفقا حكمًا أيضًا كما لم يتفقا في صورة الوزن على ما ذكرنا.

قوله: فَإِذَا اخْتَلَفَا فِيهِ صُورَةً وَمَعْنًى وَحُكْمًا، هذا على طريق اللف والنشر، فإن نظير الصورة ما ذكر أولًا، وكذا باقيه على الترتيب؛ لأن نظير الصورة هو ما ذكره، فإن ذلك - أي: الزعفران - يوزن بالأمناء، وهذا يوزن بالصنجات، وكانا مختلفين صورةً.

وأمَّا معنًى فإن ذلك يتعين وهذا لا، وأمَّا حكمًا فإنه لا يجوز التصرف فيه قبل القبض، وفي هذا يجوز، فكانا مختلفين معنًى وحكمًا.

قوله: فَتَنْزِلُ الشُّبْهَةُ فِيهِ إِلَى شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ، يعني: أنه لو اتفق البدلان في الوزن من كل

قَالَ: (وَكُلُّ شَيْءٍ نَصَّ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَلَى تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ فِيهِ كَيْلًا فَهُوَ مَكِيلٌ أَبَدًا، وَإِنْ تَرَكَ النَّاسُ الكَيْلَ فِيهِ مِثْلَ الحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ

وجه وهما ليسا من أموال الربا كان فيهما شبهة الربا في النسيئة، كما لو أسلم الحديد في القطن، ولمَّا لم يتفق البدلان هاهُنا، وهو ما إذا أسلم النقود في الزعفران في الوزن من كل وجه، بل اختلفا صورةً ومعنًى وحكمًا، كان اتفاق الوزن فيهما شبهة الشبهة وهي غير معتبرة في المنع عن الجواز، على ما ذكرنا من تقرير «الإيضاح».

وذكر في «الذخيرة» أصلًا آخر في هذا وقال: وربا النساء يحرم بأحد وصفي علة الربا وهو الجنس، أو الوزن، أو الكيل، في مثمنين، أو ثمنين، حتى أنه إذا أسلم قفيز حنطة في قفيز شعير لا يجوز لوجود الكيل في مثمنين، وكذا إذا أسلم الدراهم في الذهب لا يجوز لوجود الوزن في ثمنين، وإذا أسلم الحديد في الزعفران لا يجوز لوجود الوزن في مثمنين، وإذا أسلم الدراهم في الزعفران يجوز؛ لأنه لم يوجد الوزن في مثمنين أو ثمنين، إنما وجد في ثمن ومثمن.

فإن قلتَ: لمَّا كان شرط عدم جواز السلم في الشيء إيجاد البدلين في الوزن أو في الكيل، ينبغي أن يجوز إسلام الحنطة أو الشعير في الدراهم أو الدنانير؛ حيث لم يجمعهما لا كيلٌ ولا وزنٌ، ومع ذلك لا يجوز ذلك سلمًا.

قلنا: إنما كان هكذا؛ لأن الدراهم لا يصلح مسلمًا فيها، وكذلك الدنانير؛ لأن المسلم فيه مبيع والدراهم والدنانير متعيِّنة للثمنية.

وهل يجوز بيعًا؟ قيل: إن كان بلفظ البيع يجوز بثمن مؤجَّل، وإن كان بلفظ السلم فقد قيل: لا يجوز، وقال الطحاوي: وينبغي أن يجوز البيع بثمن مؤجل، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَهُوَ مَكِيلٌ أَبَدًا، واتفقت الروايات عن أصحابنا: أن ما ثبت كيله بالنص لا يجوز بيعه بجنسه وزنًا، وإن تماثلا وزنًا كالحنطة وأشباهها؛ لأن الشرع وردَ فيها بالجواز بشرط التماثل في الكيل.

وقال في «فتاوى أهل سمرقند»: لو عُلِم أنَّهما تماثلا كيلًا يجوز، كذا في «الذخيرة».

وَالمِلْحِ، وَكُلُّ مَا نَصَّ عَلَى تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ فِيهِ وَزْنًا فَهُوَ مَوْزُونٌ أَبَدًا، وَإِنْ تَرَكَ النَّاسُ الوَزْنَ فِيهِ مِثْلُ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ) لِأَنَّ النَّصَّ أَقْوَى مِنَ العُرْفِ وَالأَقْوَى لا يُتْرَكُ بِالأَدْنَى (وَمَا لَمْ يَنُصَّ عَلَيْهِ فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى عَادَاتِ النَّاسِ) لِأَنَّهَا دَلَالَةٌ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ العُرْفُ عَلَى خِلَافِ المَنْصُوصِ عَلَيْهِ أَيْضًا لِأَنَّ النَّصَّ عَلَى ذَلِكَ لِمَكَانِ العَادَةِ فَكَانَتْ هِيَ المَنْظُورُ إِلَيْهَا وَقَدْ تَبَدَّلَتْ، فَعَلَى هَذَا لَوْ بَاعَ الحِنْطَةَ بِجِنْسِهَا مُتَسَاوِيًا وَزْنًا، أَوِ الذَّهَبَ بِجِنْسِهِ مُتَمَاثِلًا كَيْلًا لا يَجُوزُ عِنْدَهُمَا، وَإِنْ تَعَارَفُوا ذَلِكَ لِتَوَهُّمِ الفَضْلِ عَلَى مَا هُوَ المِعْيَارُ فِيهِ، كَمَا إِذَا بَاعَ مُجَازَفَةً إِلَّا أَنَّهُ يَجُوزُ الإِسْلَامُ فِي الحِنْطَةِ وَنَحْوِهَا وَزْنًا لِوُجُودِ الإِسْلَامِ فِي مَعْلُومٍ.

قوله: لِأَنَّ النَّصَّ أَقْوَى مِنَ العُرْفِ؛ لأن العرف يحتمل أن يكون على الباطل، وأمَّا النص بعد ثبوته فلا يحتمل أن يكون على الباطل؛ ولأن العرف حجة على الذين تعارفوا به، وليس بحجة على من لم يتعارفوا به، وأمَّا النص فحجة على الكل.

قوله: لِأَنَّهَا دَلَالَةٌ، أي: لأن عادات الناس دلالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه عادات الناس؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلم: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن».

قوله: لِأَنَّ النَّصَّ عَلَى ذَلِكَ لِمَكَانِ العَادَةِ، أي: لأن النص بالكيل في المكيل، وبالوزن في الموزون في ذلك الوقت إنما كان لمكان العادة فيه، فكان المنظورُ إليه العادة أيضًا في ذلك الوقت، وَقَدْ تَبَدَّلَتْ، يجب أن يثبت الحكم على وفاق ذلك.

قوله: لا يَجُوزُ عِنْدَهُمَا، أي: عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يَجُوزُ الإِسْلَامُ فِي الحِنْطَةِ وَنَحْوِهَا وَزْنًا، أي: على ما هو اختيار الطحاوي.

وذكر في «المبسوط» في آخر الباب الأول من كتاب البيوع: ولا خير في أن يبتاع حنطة بحنطة مجازفة، وكذلك كل مكيل أو موزون؛ لأن المساواة في القدر شرط لجواز العقد،

....

وإن تبايعا صبرةً بصبرةٍ مجازفة ثم كيلتا بعد ذلك وكانتا متساويتين لم يجز العقدُ عندنا، وقال زفر رحمه الله: يجوز؛ لأن ما هو شرط الجواز وهو المماثلة قد تبيَّن أنه كان موجودًا وإن لم يكن معلومًا للمتعاقدين.

وحجتنا في ذلك أن المعتبر لجواز العقد العلمُ بالمساواة عند العقد؛ لأنه إذا لم يعلم ذلك كان الفضل معدومًا موهومًا، وما هو موهوم الوجود يجعل كالمتحقق فيما بني أمره على الاحتياط.

ثم قال: وكذلك لو باع الحنطة بالحنطة وزنًا بوزن لا يجوز؛ لأن الحنطة مكيل، وشرط الجواز فيها المماثلة في الكيل، وبالمساواة في الوزن لا يعلم المماثلة في الكيل.

وهذا بخلاف ما لو أسلم في الحنطة وزنًا فإنه يجوز على ما ذكره الطحاوي؛ لأن في المسلم فيه لا يعتبر المماثلة إنما يعتبر الإعلام على وجه لا يبقى بينهما منازعة في التسليم، وذلك يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر الكيل.

وذكر في «التتمة»: إذا أسلم مكايلة فيما ثبتَ وزنه نصًا، أو موازنة فيما ثبت كيله نصًا، ذكر في «المجرد» عن أصحابنا أنه لا يجوز، وروى الطحاوي رحمه الله عن أصحابنا أنه يجوز، فصار في هذا الفصل روايتان.

فإن قلتَ: هذا الذي ذكر كله في الفرق بين الوزنِيّ أو الكيليّ نصًا، وبين كونه عادة في الجنسين المختلفين، وهل يختلف الحكم بين الوزنِي نصًا وبين الوزنِي عادةً في متحدي الجنس كما في إنائين مصنوعين من جنس واحد، أحدهما أكثر وزنًا من الآخر، وفي إنائين مصنوعين من ذهب أحدهما أكثر وزنًا من الآخر، وكذلك في الفضة في البيع أم لا؟

قلتُ: نعم ففي الأول يجوز، وفي الثانِي لا يجوز، بيانُ ذلك فيما ذكره من «المبسوط» في الباب الأول من كتاب البيوع فقال: ولا بأس بأن يبيع إناء مصنوعًا بإناء مصنوع من نوعه يدًا بيد وإن كان أكثر منه في الوزن، إذا كان ذلك الإناء لا يباع وزنًا؛ لأنه عددي متفاوت كالثياب، وهذا بخلاف أوانِي الذهب والفضة فإنه يجري فيها ربا الفضل، وإن كان لا تباع

قَالَ: (وَكُلُّ مَا يُنْسَبُ إِلَى الرَّطْلِ فَهُوَ وَزْنِيٌّ) مَعْنَاهُ مَا يُبَاعُ بِالأَوَاقِي لِأَنَّهَا قُدِّرَتْ بِطَرِيقِ الوَزْنِ حَتَّى يُحْتَسَبَ مَا يُبَاعُ بِهَا وَزْنًا، بِخِلَافِ سَائِرِ المَكَايِيلِ، وَإِذَا كَانَ

وزنًا في العادة؛ لأن صفة الوزن في الذهب والفضة منصوصٌ عليها، فلا يتغير ذلك بالصنعة ولا يخرج من أن يكون موزونًا بالعادة، والعادة لا تعارض النص، وأمّا في الحديد والشبة وما أشبه ذلك فصفةُ الوزن ثابتة بالعرف، فيخرج من أن تكون موزونًا بالصنعة بالعرف، ويتعارف الناس بيعَ المصنوع منه عددًا.

الرَّطْل: بالكسر والفتح لغة: نصف منًّا، المنا مقصور الذي يوزن به، وهو أفصح من المنّ، وقال أبو عبيد: الرطل: وزنه مائة درهم وثمانية وعشرون درهمًا وزن سبعة.

الأَوَقِيَّة: بالتشديد أربعون درهمًا، وهي أفعولة من الوقاية؛ لأنّها تقي صاحبها من الضّر، وعند الأطباء: الأوقية: وزن عشرة مثاقيل وخمسة أسباع درهم، وهو أستار وثُلثا أستار.

وفي كتاب «العين»: الوقية وزن من أوزان الدُّهن وهي سبعة مثاقيل، كذا في «المغرب».

وذكر في «الصحاح»: الأوقية في الحديث: أربعون درهمًا، وكذلك كان فيما مضى، فأمّا اليوم فيما يتعارفه الناس ويقدّر عليه الأطباء فالأوقية عندهم وزن عشرة دراهم وخمسة أسباع درهم، وهو أستار وثلثا أستار، والجمع: الأواقي، مثل: أثفية وأثافِي، وإن شئتَ خففت الياء في الجمع، والأواقي أيضًا جمع واقية.

قوله: وَكُلُّ مَا يُنْسَبُ إِلَى الرَّطْلِ، إلى آخره، قال الإمام الإسبيجابي رحمه الله: وفائدة هذا أنه لو باع ما ينسب إلى الرطل بجنسه متفاضلًا في الكيل متساويًا في الوزن يجوز.

وقوله: بِخِلَافِ سَائِرِ المَكَايِيلِ، متصل **بقوله: لِأَنَّهَا قُدِّرَتْ بِطَرِيقِ الوَزْنِ**، حيث لم يقدّر المكاييل بطريق الوزن، فكان الاعتبار في المكاييل للكيل لذلك، حتى لو باع قفيز حنطة بقفيز حنطة لا يدري قدر القفيز وزنًا فإنه يجوز.

وذكر في «المبسوط»: وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون، ثم قال: يريد به الإدهان ونحوها؛ لأن الرطل إنما يُعدَّل بالوزن، إلا أنه يشق عليهم وزن الدهن بالأمناء

مَوْزُونًا فَلَوْ بِيعَ بِمِكْيَالٍ لا يُعْرَفُ وَزْنُهُ بِمِكْيَالٍ مِثْلِهِ لا يَجُوزُ لِتَوَهُّمِ الفَضْلِ فِي الوَزْنِ بِمَنْزِلَةِ المُجَازَفَةِ.

قَالَ: (وَعَقْدُ الصَّرْفِ مَا وَقَعَ عَلَى جِنْسِ الأَثْمَانِ يُعْتَبَرُ فِيهِ قَبْضُ عِوَضَيْهِ فِي المَجْلِسِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «وَالفِضَّةُ بِالفِضَّةِ هَاءَ وَهَاءَ» مَعْنَاهُ يَدًا بِيَدٍ، وَسَنُبَيِّنُ الفِقْهَ فِي الصَّرْفِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَمَا سِوَاهُ مِمَّا فِيهِ الرِّبَا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّعْيِينُ وَلا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّقَابُضُ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ) لَهُ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - فِي الحَدِيثِ المَعْرُوفِ «يَدًا بِيَدٍ» وَلِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُقْبَضْ فِي المَجْلِسِ فَيَتَعَاقَبُ القَبْضُ وَلِلنَّقْدِ مَزِيَّةٌ فَتَثْبُتُ شُبْهَةُ الرِّبَا، وَلَنَا أَنَّهُ مَبِيعٌ مُتَعَيَّنٌ فَلا يُشْتَرَطُ فِيهِ القَبْضُ كَالثَّوْبِ، وَهَذَا لِأَنَّ الفَائِدَةَ

والصنجات في كل وقت؛ لأنه لا يستمسك إلا في وعاء، وفي وزن كل وعاء نوع حرج، فاتخذ الرطل لذلك تيسيرًا، فعرفنا أن كيل الرطل فهو موزون، فيجوز السلم فيه بذكر الوزن.

قوله: هَاءَ وَهَاءَ، هَاءَ بوزن هاعَ، بمعنى خذ، ومنه قوله تعالى: ﴿هَآؤُمُ ٱقۡرَءُواْ كِتَٰبِيَهۡ﴾ [الحاقة: ١٩]، أي: كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه: هاءَ فيتقابضان، والقصر خطأ، كذا في «المغرب».

قوله: وَمَا سِوَاهُ - أي: وما سوى جنس الأثمان - مِمَّا فِيهِ الرِّبَا، كالحنطة بالحنطة.

قوله: خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ، ذكر لفظ الطعام مطلقًا ليتناول كل مطعوم سواء اختلف الجنس أو اتحد، بأن باع كرّ حنطة بكرّ حنطة، أو كرّ حنطة بكرّ شعير أو تمر، فافترقا من غير قبض فإنه يجوز العقد عندنا، وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز، كذا ذكره الإمام الزوزني رحمه الله في «تعليقاته».

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ مَبِيعٌ مُتَعَيَّنٌ فَلا يُشْتَرَطُ فِيهِ القَبْضُ كَالثَّوْبِ، فإن قلتَ: لو قال الخصم:

المَطْلُوبَةَ إِنَّمَا هُوَ التَّمَكُّنُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَيَتَرَتَّبُ ذَلِكَ عَلَى التَّعْيِينِ، بِخِلَافِ الصَّرْفِ لِأَنَّ القَبْضَ فِيهِ لِيَتَعَيَّنَ بِهِ؛ وَمَعْنَى قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «يَدًا بِيَدٍ»

أجمعنا على اشتراط القبض في البدلين في بيع الصرف، استدلالًا بقوله صلَّى الله عليه وسلم: «يدًا بيد»، ثم أنتم تستدلون بهذا اللفظ بعينه على اشتراط التعيين في بيع الطعام بالطعام، واللفظ الواحد كيف يفيد حكمين مختلفين في محلين مختلفين؟ فلمَّا أجمعنا في معناه في بيع الأثمان على أن المراد منه القبضُ يجب أن يكون في حق الطعام كذلك، وإلا يلزم تعميم المشترك في موضع الإثبات، أو الجمع بين الحقيقة والمجاز، وكلاهما منتف فينتفي إرادةُ التعيين منه لذلك ضرورةً.

قلتُ: لم يختلف حكمه عندنا، بل المراد في كلتا الصورتين التعيين، إلا أن تعيين كل موضع يختلف بحسب حاله، ففي الدراهم والدنانير التعيين لا يكون إلا بالقبض؛ لأنهما لا يتعينان في العقود والفسخ، فكان تعيينهما لم يكن إلا بالقبض فكان القبض هناك من ضرورة وجوب التعيين، لا أن يكون القبض مرادًا هناك أيضًا، وأمَّا الطعام فهو مما يتعين بالتعيين ثمنًا كان أو مثمنًا، فلم يحتج لذلك إلى أن يتوقَّف تعيينه على وجود القبض فلم يلزم حينئذٍ بما قلنا تعميم المشترك، ولا الجمعُ بين الحقيقة والمجاز.

فإن قلتَ: كونه مما يتعين بالتعيين لا يُسقط اشتراط التقابض، ألا ترى أن من باع إناء فضة بإناء فضة أو بإناء ذهب يشترط التقابض، مع أن إناء الفضة أو الذهب مما يتعين بالتعيين على ما يجيء في كتاب الصرف إن شاء الله تعالى، فكان التعليل في إسقاط التقابض في بيع الطعام بالطعام بأنَّهما مما يتعين بالتعيين فلا يحتاج إلى القبض تعليلًا منقوضًا به.

قلتُ: ليس بمنقوض بل هو مستقيم غاية الاستقامة؛ وذلك لأن إناء فضة، أو إناء ذهب إن أُلحق بما يتعيَّن بالتعيين بسبب الصنعة، لكن لم يسقُط عنه شبهة عدم التعيين؛ لكونه ثمنًا خلقة فيشترط القبض اعتبارًا للشبهة في الربا، بخلاف الطعام فإنه ما خلق للثمنية، فلا يكون فيه شبهة عدم التعيين، فلمَّا تعين بالتعيين من غير شبهة أغنانا عن التقابض فيهما.

وإلى ما ذكرنا أولًا أن وجوب القبض في بدل الصرف للتعيين أشار في «المبسوط»

عَيْنًا بِعَيْنٍ، وَكَذَا رَوَاهُ عُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَتَعَاقُبُ القَبْضِ لا يُعْتَبَرُ تَفَاوُتًا فِي المَالِ عُرْفًا، بِخِلَافِ النَّقْدِ وَالمُؤَجَّلِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ البَيْضَةِ بِالبَيْضَتَيْنِ وَالتَّمْرَةِ بِالتَّمْرَتَيْنِ وَالجَوْزَةِ بِالجَوْزَتَيْنِ) لِانْعِدَامِ المِعْيَارِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا، وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِيهِ لِوُجُودِ الطَّعْمِ عَلَى مَا مَرَّ.

وقال: وهذا بخلاف الصرف؛ فإن هناك لا يشترط القبض الذي هو حكم العقد وإنما يشترط التعيين؛ لأن التعيين من شروط العقد بدليل نهي النبي صلَّى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ، والنقود لا يتعين في العقود فكان اشتراط القبض للتعيين، وليس أحد البدلين في الصرف أَوْلَى من الآخر بهذا، فشرطنا القبض فيهما للتعيين، فكان المراد من قوله صلَّى الله عليه وسلم: «يدًا بيد» التعيين؛ لأن التعيين إنما يكون بالإشارة باليد كما أن القبض يكون باليد، فصلح ذكر اليد كنايةً عنهما - أي: عن القبض وعن التعيين -، لكن لو كان مراده القبض لقال: يد من يد، فلمَّا قال: يدًا بيد عرفنا أنه بمنزلة قوله: عينًا بعين.

قوله: وَتَعَاقُبُ القَبْضِ، هذا جواب عن **قوله: وَلِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُقْبَضْ فِي المَجْلِسِ فَيَتَعَاقَبُ القَبْضُ،** وتفسير الجواب هو أن التجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغير المقبض بعد أن يكون حالًا، وإذا لم يتمكن فضل خال عن المقابلة كان العقد جائزًا كما في بيع العبيد، والدواب بجنسه أو بغير جنسه.

قوله: وَيَجُوزُ بَيْعُ البَيْضَةِ بِالبَيْضَتَيْنِ، وَالتَّمْرَةِ بِالتَّمْرَتَيْنِ، وَالجَوْزَةِ بِالجَوْزَتَيْنِ، هذا إذا كان البدلان موجودين، ولو كان كلاهما أو أحدهما نسيئة لا يجوز؛ لأن الجنس بانفراده يحرم النساء، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

فإن قيل: الجوز والبيض جُعلا أمثالًا في ضمان المستهلكات، فينبغي أن لا يجوز بيع الواحد بالاثنين.

قلنا: لا مماثلة بينهما حقيقةً للتفاوت صغيرًا كان أو كبيرًا، إلا أن الناس اصطلحوا على إهدار التفاوت فيعمل كذلك في حقِّهم، وهو ضمان العدوانات دون الربا الذي هو حق

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ الفَلْسِ بِالفَلْسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا يَجُوزُ لِأَنَّ الثَّمَنِيَّةَ تَثْبُتُ بِاصْطِلَاحِ الكُلِّ فَلَا تَبْطُلُ بِاصْطِلَاحِهِمَا، وَإِذَا بَقِيَتْ أَثْمَانًا لا تَتَعَيَّنُ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَا بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا وَكَبَيْعِ الدِّرْهَمِ بِالدِّرْهَمَيْنِ،

الشرع عليهم، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَيَجُوزُ بَيْعُ الفَلْسِ بِالفَلْسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا، إلى آخره، وهو على أربعة أوجه:

(١) إن باع فلسًا بغير عينه بفلسين بغير أعيانِهما لا يجوز؛ لأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعًا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة منها، فيكون أحد الفلسين فضلًا خاليًا عن العوض مشروطًا في العقد، وذلك هو الربا بعينه.

(٢) وإن باع فلسًا بعينه بفلسين بغير أعيانِهما لم يجز أيضًا؛ لأنه لو جاز فالبائع أمسك الفلس المعين وطالبه بفلس آخر، أو سلم إليه الفلس المعين ثم قبضه ذلك منه بعينه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته، فيكون الفلس الآخر خاليًا عن العوض.

(٣) وكذلك لو باع فلسين بأعيانِهما بفلس آخر بغير عينه؛ لأنه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ثم دفع إليه أحدهما مكان ما استوجب في ذمته، فيبقى الآخرُ له بغير عوض.

(٤) أمَّا إذا باع فلسًا بعينه بفلسين بأعيانهما فيجوز في قول أبي يوسف، وهو قول أبي حنيفة، ولا يجوز في قول محمد رحمهم الله.

وبهذا تبيَّن أن الفلس لا يتعين بالتعيين ما دام رائجًا عند محمد رحمه الله، وعندهما يتعيَّن بالتعيين إذا قوبل بجنسه، حتى لو هلكَ أحدهما قبل القبض بطل العقد عندهما، فمحمدٌ يقول: الفلوس الرائجة ثمنٌ، والأثمان لا يتعين في العقود بالتعيين كالدراهم والدنانير، ألا ترى أنَّها لو قوبلت بخلاف جنسها لم يتعين، حتى لو اشترى بفلوس معينة شيئًا فهلكت قبل التسليم لا يبطل العقد، ولو استبدل بها جاز فكذلك إذا قوبلت بجنسها؛ لأن ما يتعيَّن بالتعيين فالجنس وغير الجنس فيه سواء؛ كالمكيلات والموزونات، وما لا يتعين فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالذهب والفضة.

وَلَهُمَا أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّهِمَا تَثْبُتُ بِاصْطِلَاحِهِمَا إِذْ لا وِلَايَةَ لِلْغَيْرِ عَلَيْهِمَا فَتَبْطُلُ بِاصْطِلَاحِهِمَا، وَإِذَا بَطَلَتِ الثَّمَنِيَّةُ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وَلا يَعُودُ وَزْنِيًّا لِبَقَاءِ الِاصْطِلَاحِ عَلَى العَدِّ إِذْ فِي نَقْضِهِ فِي حَقِّ العَدِّ فَسَادُ العَقْدِ فَصَارَ كَالجَوْزَةِ بِالجَوْزَتَيْنِ، بِخِلَافِ

وهما يقولان: الفلوسُ عددية والعددي يتعيَّن بالتعيين، ويجوز بيع الواحد منه بالاثنين كما لو باع جوزة بجوزتين بأعيانِهما، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ تَثْبُتُ فِي حَقِّهِمَا بِاصْطِلَاحِهِمَا، والدليل على أن معنى الثمنية في الفلوس بالاصطلاح أنَّها ثمن الخسيس من الأشياء دون النفيس، وأنَّها تروح في بعض الأوقات دون البعض، بخلاف الذهب والفضة.

قوله: وَإِذَا بَطَلَتِ الثَّمَنِيَّةُ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، فإن قيل: إذا كسدت الفلوسُ باتفاق الكل لا يكون لنا باصطلاح المتعاقدين، فيجب أن لا يكون عروضًا أيضًا باصطلاح المتعاقدين؛ لأن اتفاق الكل على ثمنيتها سوى المتعاقدين باقي بعد.

قلنا: الأصل أن تكون الفلوسُ عروضًا، فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الأصل، فلا يجوز أن يكون ثمنًا باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الأصل، وأمَّا إذا اصطلحا على كونِها عروضًا كان اصطلاحهما على وفاق الأصل، وهو كونها عروضًا فيجوز وإن كان اتفاق من سواهما على الثمنية.

قوله: وَلا يَعُودُ وَزْنِيًّا لِبَقَاءِ الِاصْطِلَاحِ عَلَى العَدِّ، هذا جواب إشكال ذكره في «المبسوط» فقال: فإن قيل: تحت هذا الكلام فسادٌ عظيمٌ، فإنه إذا خرج في حقهما عن أن يكون ثمنًا كان هذا بيعُ قطعة صفر بقطعتي صفر، وذلك لا يجوز، فلم يكن في إبطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد.

قلنا: الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية فيها والعدد، وهما في هذه المبايعة أعرضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها، وما أعرضا عن اعتبار صفة العدد فيها، وليس من ضرورة خروجها من أن يكون ثمنًا في حقِّهما خروجُها من أن يكون عددية؛ كالجوز والبيض فهو

النُّقُودِ لِأَنَّهَا لِلثَّمَنِيَّةِ خِلْقَةً، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا لِأَنَّهُ كَالِئٌ بِالكَالِئِ وَقَدْ نُهِيَ عَنْهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ عَيْنِهِ لِأَنَّ الجِنْسَ بِانْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النَّسَاءَ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الحِنْطَةِ بِالدَّقِيقِ وَلَا بِالسَّوِيقِ) لِأَنَّ المُجَانَسَةَ بَاقِيَةٌ مِنْ وَجْهٍ

عدديٌّ وليس بثمن، فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة، وحصل من هذا أنه لم يلزم من بطلان الثمنية بطلان العدد؛ لأنَّهما ليسا بمتلازمين بل هما يفترقان وجودًا وعدمًا، أمَّا وجودًا ففي فصل الدراهم والدنانير فإنَّهما ثمن وليسا بمعدود، وأمَّا عدمًا ففي فصل الجوز والبيض والبطيخ، فإنَّها معدودة وليست بأثمان.

الكَالِئُ: من كلأ الدين: تأخر، كُلوًّا فهو كالئٌ، ومعنى الكالئ بالكالئ: النسيئة بالنسيئة.

قوله: وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الحِنْطَةِ بِالدَّقِيقِ، إلى آخره، أي: لا يجوز متساويًا ولا متفاضلًا، لا بالكيل ولا بغيره لعدم إمكان المماثلة بين الحنطة والدقيق، ولا يجوز البيع بينهما لشبهة الفضل باعتبار شبهة المجانسة.

فإن قيل: الحرمة في الربا حرمة مؤقتة إلى غاية وجود المساواة، فلو ثبتَ الحرمة بينهما على ذلك الطريق لكانت الحرمة مطلقة لا ينتهي أبدًا، وحينئذٍ كان على خلاف ما اقتضاه النصّ في الأصل وهو قوله صلَّى الله عليه وسلم: «لا تبيعوا البُرّ بالبُرّ إلا متساويًا»، وهذا فرع ذلك فيجب أن يكون على وفاق الأصل، وإلا يلزم أن يكون مثل ظهار الذمي وذلك لا يجوز لهذا المعنى؛ لما عرفتَ.

قلنا: الحرمة المتناهية في الربا هي حرمة حقيقة الفضل فإن تلك الحرمة ينتهي بالمساواة، وأمَّا الحرمة الثابتة بشبهة الفضل فتلك الحرمة غير مؤقتة، ألا ترى أن حرمة النساء حرمة لشبهة الفضل لا ينتهي إلى غاية، ولا ينتهي بالمسوَّى، بل يبقى إلى أن يبقى النساء، فكذلك هاهُنا يبقى حرمة بيع الحنطة بالدقيق لعدم إمكان المساواة ما دام ذلك البيع باقيًا؛ لما أن هذه الحرمة حرمة شبهة الربا وهي لا تنتهي.

قوله: لِأَنَّ المُجَانَسَةَ بَاقِيَةٌ مِنْ وَجْهٍ؛ لأن الدقيق بالطحن لم يوجد إلا تفريق الأجزاء،

لِأَنَّهُمَا مِنْ أَجْزَاءِ الحِنْطَةِ وَالمِعْيَارُ فِيهِمَا الكَيْلُ، لَكِنَّ الكَيْلَ غَيْرُ مُسَوٍّ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الحِنْطَةِ لِاكْتِنَازِهِمَا فِيهِ وَتَخَلْخُلِ حَبَّاتِ الحِنْطَةِ فَلَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ كَيْلًا بِكَيْلٍ. (وَيَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ مُتَسَاوِيًا كَيْلًا) لِتَحَقُّقِ الشَّرْطِ (وَبَيْعُ الدَّقِيقِ بِالسَّوِيقِ

والمجتمع بالتفريق لا يصير شيئًا آخر، ولهذا بقي حرمة ربا الفضل بين الدقيق والحنطة، ومن وجه زائلة؛ لأن اختلاف المجانسة إنما يثبت باختلاف الاسم والصورة واختلاف المعاني كما بين الحنطة والشعير، وهاهُنا إن نظرنا إلى الاسم فالاسم قد زال فإنه لا يسمى حنطة.

ولهذا قالوا: من وكل رجلًا بأن يشتري له حنطةً فاشترى له دقيقًا فإنه لا يجوز، والصورة متبدلة، والمعاني مختلفة، فإن ما يبتغى من الحنطة لا يبتغى من الدقيق من التبذير، واتخاذه هريسةً وسويقًا، والمجانسة زالت من وجه وبقيت من وجه، وربا الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتًا قبل الطحن، ثم وقع الشك في أنه زال بالطحن، فمن حيث أن المجانسة قائمة من وجه لا يزول، ومن حيث أن المجانسة قد زالت يزول فلا تزول الحرمة بالشك، وإذا ثبتَ الربا بينهما لم يثبت المخلصُ بالتساوي كيلًا في هذه الحالة؛ لأن الشرع إنما اعتبر التساوي بالكيل مخلصًا عن الحرمة حالَ قيام المجانسة من كل وجه، فإنه قال: «الحِنْطَةُ بِالحِنْطَةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ كيل بكيل»، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

الاكتناز: (آكنده شدن مَغْز وخُوشه، وآنچه بدان مانَد)، يقال: اكتنز الشيء اكتنازًا، أي: اجتمع وامتلأ.

وقولهم: أجزاء الرَّوث متخلخلةٌ، أي: في خلالها فرج لرخاوتها وكونها مجوّفة غير مكتنزة، كذا في «المغرب».

قوله: وَبَيْعُ الدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ مُتَسَاوِيًا كَيْلًا جَائِزٌ، وانتصاب: مُتَسَاوِيًا و: كَيْلًا على أنهما حالان متداخلتان؛ لأن العامل في مُتَسَاوِيًا لفظ: بَيْعُ، والعامل في كَيْلًا لفظ مُتَسَاوِيًا، كقوله تعالى: ﴿وَرَأَيْتَ ٱلنَّاسَ يَدْخُلُونَ فِي دِينِ ٱللَّهِ أَفْوَاجًا ۝٢﴾ [النصر: ٢]، ففي قوله: يدخلون، العامل قوله: ورأيت، وفي أفواجًا يدخلون على هذا الطريق.

لا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - مُتَفَاضِلًا، وَلا مُتَسَاوِيًا) لِأَنَّهُ لا يَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالمَقْلِيَّةِ وَلا بَيْعُ السَّوِيقِ بِالحِنْطَةِ، فَكَذَا بَيْعُ أَجْزَائِهِمَا لِقِيَامِ المُجَانَسَةِ مِنْ وَجْهٍ، وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ لِاخْتِلَافِ المَقْصُودِ، قُلْنَا: مُعْظَمُ

وإنما جاز البيع بينهما عند التساوي بالكيل؛ لأن المجانسة بينهما قائمة من كل وجه، والاتفاق في القدر ثابت فبيان المجانسة ظاهر.

وأمّا بيان الاتفاق في القدر: أن الدقيق كيليّ، فإن الناس اعتادوا بيعه كيلًا ولهذا جاز السلم فيه كيلًا، ويجوز بيعُه في الذمة كيلًا، وكذا يجوز استقراضه كيلًا.

وحُكِي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله: أن بيع الدقيق بالدقيق إذا تساويا كيلًا إنما يجوز إذا كانا مكبوسين، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالمَقْلِيَّةِ، أي: بالحنطة المقلية وهي المشوية، يقال: مقليَّة ومقلوَّة، من قلى البُرّ إذا شواه، يقلي، والثاني من قلا يقلو، وما ذكر من الطعن على محمد رحمه الله: كان ينبغي أن يقول: حنطة مقلوَّة، وحنطة غير مقلوَّة، لا مقليَّة جهلٌ من الطاعن؛ لأنَّهما لغتان فصيحتان، إلى هذا أشار في «المغرب».

قوله: وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ؛ - أي: كيف ما كان متساويًا، أو متفاضلًا بعد أن يكون يدًا بيدٍ - لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ، فإن الاسم مختلف والمقصود مختلفٌ؛ لأنه يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز، والقصايد، والأطرية منه، ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق، وإنما يُلتّ بالسمن أو العسل فيؤكل كذلك، أو يُشرب بالماء، وكان التفاوت بينهما في المقصود أظهر من التفاوت في الهرويّ والمرويّ من الثياب.

وكذلك لا يصير كل واحد منهما مثل صاحبه بحالٍ، فالسويق لا يصير دقيقًا، والدقيق لا يصير سويقًا بحالٍ، ثم اتحاد الأصل لا يمنع اختلاف الجنس باعتبار هذه المعاني.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوزُ البيع متساويًا لا متفاضلًا؛ لأن الدقيق قد يصير سويقًا بأن يرش عليه الماءُ ثم يقلى فيصير سويقًا، ببغداد يُتخذ السويق بهذه الصفة فيعتبر

المَقْصُودِ وَهُوَ التَّغَذِّي يَشْمَلُهُمَا فَلَا يُبَالَى بِفَوَاتِ البَعْضِ كَالمَقْلِيَّةِ مَعَ غَيْرِ المَقْلِيَّةِ وَالعَلِكَةُ بِالمُسَوَّسَةِ.

المساواة بينهما؛ لجواز العقد باعتبار المال.

ولأبي حنيفة رحمه الله طريقان:

أحدهما: أن السويق أجزاء حنطة مقلية، والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية، وبيع الحنطة المقليَّة بغير المقلية لا يجوز بحال، فكذلك بيع الدقيق مع السويق.

والطريق الآخر: أن بيع الحنطة بالسويق لا يجوز بالاتفاق، وربا الفضل لا يثبت إلا باعتبار المجانسة، ولا مجانسة بين الحنطة والسويق صورةً، فعرفنا أن المجانسة باعتبار ما في الضمن، والذي في ضمن الحنطة دقيق، فيثبت المجانسة بين الدقيق والسويق بعد الطحن، كما يثبت المجانسة بين السويق والحنطة باعتبار ما في الضمن قبل الطحن، وليس فيه أكثر من أنه فات بعض المقاصد بالسويق، وبه لا يختلف الجنس كالحنطة المقلية مع غير المقلية، والعَلِكة مع الرخوة التي أكلها السُّوس فإنَّها لا تصلح للزراعة، والهريسة والكشك منها، ولا يوجب ذلك اختلاف الجنس فكذلك الدقيق مع السويق، إلى هذا أشار في «المبسوط».

عَلِكَةً: أي: جيدة، يقال: حنطة عَلِكة، أي: يتلزح كالعلِك من جودتها وصلابتها، التلزح: التمدد من غير انقطاع.

السوسة: العثة، وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام، ومنه **قوله:** حنطة مسوِسة، بكسر الواو المشددة، كذا في «المغرب».

ثم ذكر بيع الحنطة المقلية مع غير المقلية، وبيع الدقيق بالمقلية في أنه لا يجوز، ولم يذكر بيع المقلية بالمقلية فما حكمه؟

ذكر في «الذخيرة» أنه يجوز، وقال: وأمَّا بيع المقلية بالمقلية فيجوز إذا تساويا كيلًا؛ لأن المجانسة بينهما قائمة من كل وجه، فيكتفى لجواز البيع بالمماثلة الحالية، وذكر في «المبسوط»: أنه لا يجوز، والله أعلم بصحته.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالحَيَوَانِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِذَا بَاعَهُ بِلَحْمٍ مِنْ جِنْسِهِ لا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا كَانَ اللَّحْمُ المُفْرَزُ أَكْثَرَ لِيَكُونَ اللَّحْمُ بِمُقَابَلَةِ مَا فِيهِ مِنَ اللَّحْمِ وَالبَاقِي بِمُقَابَلَةِ السَّقْطِ، إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ الرِّبَا مِنْ حَيْثُ زِيَادَةُ السَّقْطِ أَوْ مِنْ حَيْثُ زِيَادَةُ اللَّحْمِ فَصَارَ كَالحَلِّ بِالسِّمْسِمِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ بَاعَ

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: إِذَا بَاعَهُ بِلَحْمٍ مِنْ جِنْسِهِ لا يَجُوزُ، وإنما قيَّد بقوله: بِلَحْمٍ مِنْ جِنْسِهِ، وهو أن يباع لحم الشاة بالشاة؛ لأنَّهما لو كانا مختلفين بأن باع لحم البقر بالشاة وما أشبه يجوز بالاتفاق من غير اعتبار بالقلة والكثرة، كما في بيع اللحمان المختلفة على ما يجيء.

ثم قوله: إِذَا بَاعَهُ بِلَحْمٍ مِنْ جِنْسِهِ، فيما إذا باع لحم الشاة بالشاة الحية، وفيه خلاف محمد رحمه الله، وأمَّا إذا كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز إذا تساويا وزنًا، وإلا فلا بالاتفاق، وأراد بالمسلوخة المفصولة عن السَّقط، وإن كانت مذبوحة غير مسلوخة لا يجوز إلا على سبيل الاعتبار، بأن يكون اللحم المفصول أكثر، وأراد بغير المسلوخة غير المفصولة عن السقط.

ثم حاصل اختلافهما في المسألة المختلف فيها وهي: بيع لحم الشاة بالشاة، أن محمدًا جعلهما جنسًا واحدًا، والقياس معه لوجود الجنسية بينهما باعتبار ما في الضمن، كما في العصير مع العنب، واللبن مع السمن وأمثالهما، وهما جعلاهما جنسين مختلفين، فيجوز من غير اعتبار، وأمَّا كونهما جنسين مختلفين عرفناه بالنص، قال الله تعالى: ﴿فَكَسَوْنَا ٱلْعِظَٰمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَٰهُ خَلْقًا ءَاخَرَ﴾ [المؤمنون: ١٤]، أي: بعد نفخ الروح، فقد سمَّاه خلقًا آخر بعد نفخ الروح، فعلمنا أن الحي جنسٌ آخر غير الجماد، فلذلك جعلنا الشاة الحيَّة مع اللحم جنسين مختلفين نصًّا، فيجوز بيع أحدهما بالآخر من غير اعتبار كما إذا باع لحم البقر بالشاة، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

قوله: وَلَهُمَا أَنَّهُ بَاعَ المَوْزُونَ بِمَا لَيْسَ بِمَوْزُونٍ، وذكر في «الذخيرة»: أنَّهما جعلاهما

الْمَوْزُونَ بِمَا لَيْسَ بِمَوْزُونٍ، لِأَنَّ الحَيَوَانَ لا يُوزَنُ عَادَةً وَلا يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ ثِقَلِهِ بِالوَزْنِ لِأَنَّهُ يُخَفِّفُ نَفْسَهُ مَرَّةً بِصَلابَتِهِ وَيَثْقُلُ أُخْرَى، بِخِلَافِ تِلْكَ المَسْأَلَةِ لِأَنَّ الوَزْنَ فِي الحَالِ يُعَرِّفُ قَدْرَ الدُّهْنِ إذَا مَيَّزَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّجِيرِ، وَيُوزَنُ الثَّجِيرُ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَقَالا: لا يَجُوزُ «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - حِينَ سُئِلَ عَنْهُ أَوَ يَنْقُصُ إذَا جَفَّ؟ فَقِيلَ

جنسين مختلفين كما ذكرنا.

فإن قلتَ: فعلى كلا التقديرين أعني: بيع الموزون بغير الموزون وبيع شيء بخلاف جنسه، يقتضي أن يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة، فقد ذكر في «المبسوط»: أنه لا يجوز نسيئةً إجماعًا، فما وجهه؟

قلتُ: وجهه ما ذكر فيه وقال: إن كان النسيئة في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان، وإن كان في البدل الآخر فهو سلم في اللحم، وكلاهما لا يجوز، ثم قال: ولو كانت الشاتان مذبوحتين قد سلختا اشتراهما بشاة مذبوحة لم تسلخ فهو جائز من غير ذكر خلاف.

فوجهه أن المثل من لحم الشاة بمقابلة المثل من الشاتين، والباقي من لحم الشاتين كان بإزاء الجلد والسقط فيجوز ذلك، حتى إذا كانت الشاة ليس معها جلد كان ذلك فاسدًا؛ لأن العقد حينئذٍ اشتمل على اللحم فقط من الجانبين، واللحم موزون فإذا وجدت الجنسية والوزن حرم التفاضل.

وسقط المتاع: رذالته، وأراد به هاهُنا ما هو الذي لا يطلق عليه اسم اللحم من الشاة من الجلد، والكرش، والأمعاء، والطحال.

قوله: أَوْ مِنْ حَيْثُ زِيَادَةُ اللَّحْمِ، بأن قوبل اللحم بالسقط أولًا.

الحَلُّ: دهن السمسم غير مطيب.

الثَّجِيرُ: ثقل كل شيء يعصر.

نَعَمْ، فَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: لا إِذًا» وَلَهُ أَنَّ الرُّطَبَ تَمْرٌ «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - حِينَ أُهْدَى إِلَيْهِ رُطَبٌ، أَوَكُلُّ تَمْرِ خَيْبَرَ هَكَذَا؟» سَمَّاهُ تَمْرًا. وَبَيْعُ التَّمْرِ بِمِثْلِهِ جَائِزٌ لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ تَمْرًا جَازَ الْبَيْعُ بِأَوَّلِ الْحَدِيثِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ تَمْرٍ فَبِآخِرِهِ، وَهُوَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - إِذَا اخْتَلَفَ النَّوْعَانِ فَبِيعُوا

قوله: لا إِذًا، أي: لا يجوز على ذلك التقدير، أي على تقدير النقصان بالجفاف.

ثم في قوله: أَوَ يَنْقُصُ إِذَا جَفَّ، إشارة إلى أنه يشترط لجواز العقد المماثلة في أعدل الأحوال وهو ما بعد الجفوف، ولا يعرف ذلك المساواة بالكيل في الحال، واعتبار المماثلة في أعدل الأحوال صحيح، كما في بيع الحنطة بالدقيق فإنه لا يجوز؛ لتفاوت بينهما بعد الطحن.

قوله: وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ تَمْرًا، إلى آخره، فإن قيل: فبالنظر إلى هذا الترديد ينبغي أن يجوز بيع الحنطة المقلية بغير المقلية؛ لأن المقلية لا يخلوا: إمَّا أن كانت حنطة أو لم يكن، فإن كانت حنطة فيجوز بيعها لقوله صلَّى الله عليه وسلم: «الحنطة بالحنطة»، وإن لم يكن حنطة يجوز أيضًا؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلم: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم».

قلنا: هذا جواب جدلي لأجل دفع الخصم، أمَّا الجواب لأبي حنيفة رحمه الله عن قوله: أَوَ يَنْقُصُ إِذَا جَفَّ، فإطلاق النبي صلَّى الله عليه وسلم التمر على الرطب.

وذكر في «المبسوط»: ودخل أبو حنيفة رحمه الله بغداد فسُئل عن هذه المسألة وكانوا شديدًا عليه لمخالفته الخبر، فقال: الرطب لا يخلوا: إمَّا أن يكون تمرًا أو لم يكن، فإن كان تمرًا جاز العقد عليه؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلم: «التمر بالتمر»، وإن لم يكن تمرًا جاز؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلم: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»، فأورد عليه حديث سعد فقال: هذا الحديث دار على زيد بن أبي عيَّاش، وزيد بن أبي عيَّاش ممن لا يقبل حديثه، واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن، حتى قال ابن المبارك رحمه الله: كيف يقال: أبو حنيفة رحمه الله لا يعرف الحديث، وهو يقول: زيد بن أبي عيَّاش ممن لا يقبل حديثه، وهذا الكلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم ولكن الحجة لا تتم بهذا؛ لجواز أن يكون هاهُنا قسم ثالث

كَيْفَ شِئْتُمْ وَمَدَارُ مَا رَوَيَاهُ عَلَى زَيْدِ بْنِ عَيَّاشٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ عِنْدَ النَّقَلَةِ.

كما في المقلية بغير المقلية، ولكن الحجة لأبي حنيفة رحمه الله الاستدلال بقوله صلَّى الله عليه وسلم: «التمر بالتمر مثل بمثل»، وقد بيَّنا أن اسم التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين ينعقد صورتها إلى أن يُدرك، وما يتردد عليها من الأوصاف باعتبار الأحوال لا يوجب تبدل اسم العين، كالآدمي يكون صبيًّا ثم شابًّا ثم كهلًا ثم شيخًا، وإذا ثبتَ أن الكل تمر يراعى وجود المماثلة حالة العقد على الصفة التي دخلت في العقد، إلى آخره.

فإن قيل: لو كان الرطب تمرًا ينبغي أن يحنث فيما إذا حلف: لا يأكل رطبًا فأكل تمرًا.

قلنا: مبنى الأيمان على العرف، وفي العرف الرطب غير التمر.

وأمَّا الجواب عن بيع الحنطة بالدقيق؛ فإن بالطحن يتفرق الأجزاء ولا يفوت جزء شاغل للكيل، فيتبين بالتفاوت بينهما بعد الطحن لم يكونا متساويين عند العقد.

وكذلك المقليَّة بغير المقلية، فإن بالقلي لا يتفاوت جزء شاغل للكيل، وإنما ينعدم اللطافة التي كانت الحنطة بها مُنبئة، ولمَّا ظهر التفاوت بعد القلي عرفنا أن هذا التفاوت كان موجودًا عند العقد.

ثم صاحب الشرع أسقط اعتبار التفاوت في الجودة بقوله: ثم جيدها ورديئها سواء، واعتبر التفاوت بين النقد والنسيئة حتى شرط اليد باليد، وصفة الجودة لا تكون حادثة بصنع العباد، والتفاوت بين النقد والنسيئة حادث بصنع العباد وهو اشتراط الأجل، فصار هذا أصلًا أن كل تفاوت يبتنى على صنع العباد فذلك مفسد للعقد، وفي المقلية بغير المقلية والحنطة بالدقيق التفاوتُ بهذه الصفة، وكل تفاوت يُبتنى على ما هو ثابت بأصل الخلقة من غير صنع العباد فهو ساقط الاعتبار، والتفاوت بين الرطب والثمن بهذه الصفة فلا يكون معتبَرًا كالتفاوت بين الجيّد والرديّ.

ثم تأويل الحديث الذي رَوَيَاه وهو قوله صلَّى الله عليه وسلم: «لا إذًا»، إن صح قيل: كان السائل وصيًّا ليتيم، فلم ير رسول الله صلَّى الله عليه وسلم في ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الحقوق، فمنع الوصيّ منه على طريق الاشتقاق لا

قَالَ: (وَكَذَا العِنَبُ بِالزَّبِيبِ) يَعْنِي عَلَى الخِلَافِ وَالوَجْهُ مَا بَيَّنَّاهُ. وَقِيلَ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ اعْتِبَارًا بِالحِنْطَةِ المَقْلِيَّةِ بِغَيْرِ المَقْلِيَّةِ، وَالرُّطَبُ بِالرُّطَبِ يَجُوزُ مُتَمَاثِلًا كَيْلًا عِنْدَنَا لِأَنَّهُ بَيْعُ التَّمرِ بِالتَّمرِ، وَكَذَا بَيْعُ الحِنْطَةِ الرَّطْبَةِ أَوِ المَبْلُولَةِ بِمِثْلِهَا أَوْ بِاليَابِسَةِ، أَوِ التَّمرُ أَوِ الزَّبِيبُ المُنْقَعُ بِالمُنْقَعِ مِنْهُمَا مُتَمَاثِلًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يَجُوزُ جَمِيعُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ

على طريق بيان فساد العقد.

قوله: وَقِيلَ لا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ، والفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين بيع التمر بالرطب وبين بيع العنب بالزبيب على هذه الرواية هو أن النصَّ ورد بإطلاق لفظ الثمن على الرطب في قوله صلَّى الله عليه وسلم: «أَوَكُلُّ تَمرِ خَيْبَرَ هَكَذَا؟»، أو لم يرد مثل هذا بإطلاق اسم الزبيب على العنب فافترقا.

قوله: وَالرُّطَبُ بِالرُّطَبِ يَجُوزُ مُتَمَاثِلًا كَيْلًا عِنْدَنَا، أي: خلافًا للشافعي رحمه الله فإنه لا يجوِّزُ ذلك، وكذلك الخلاف بيننا وبينه في بيع الباقلي بالباقلي، كذا في «المبسوط».

قوله: وَكَذَا بَيْعُ الحِنْطَةِ الرَّطْبَةِ أَوِ المَبْلُولَةِ بِمِثْلِهَا، أي: الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة، والحنطة المبلولة بالحنطة المبلولة، والحنطة الرطبة بالحنطة المبلولة.

قوله: أَوْ بِاليَابِسَةِ، أي: بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة باليابسة، كذا في «الذخيرة»، و«فتاوى قاضي خان».

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ جَمِيعُ ذَلِكَ، قال شمس الأئمة الحلوانِي: إن الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما لا يجوز إذا ابتلت الحنطة وانتفخت، أمَّا إذا لم تنتفخ بعد ذلك لكن بُلَّت من ساعته يجوز بيعها باليابسة إذا تساويا كيلًا، كذا في «المحيط»، و«الذخيرة».

قوله: أَوِ التَّمرُ أَوِ الزَّبِيبُ المُنْقَعُ بِالمُنْقَعِ مِنْهُمَا، أي: من التمر والزبيب.

الْمُسَاوَاةُ فِي أَعْدَلِ الأَحْوَالِ وَهُوَ الْمَالُ، وَأَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَعْتَبِرُهُ فِي الْحَالِ، وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَمَلًا بِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ إِلَّا أَنَّهُ تَرَكَ هَذَا الأَصْلَ فِي بَيْعِ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ لِمَا رَوَيْنَاهُ لَهُمَا. وَوَجْهُ الفَرْقِ لِمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - بَيْنَ هَذِهِ الفُصُولِ وَبَيْنَ الرُّطَبِ بِالرُّطَبِ أَنَّ التَّفَاوُتَ فِيمَا يَظْهَرُ مَعَ بَقَاءِ البَدَلَيْنِ عَلَى الِاسْمِ الَّذِي عُقِدَ عَلَيْهِ العَقْدُ، وَفِي الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ مَعَ بَقَاءِ أَحَدِهِمَا عَلَى ذَلِكَ فَيَكُونَ تَفَاوُتًا فِي عَيْنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَفِي الرُّطَبِ بِالرُّطَبِ التَّفَاوُتُ بَعْدَ زَوَالِ ذَلِكَ

وقوله: **المُنْقَعُ**، بالفتح مخففًا لا غير من: أنقع الزبيبَ في الخابية ونقعه، ألقاه فيها ليبتل ويخرج منه الحلاوةُ، واسم الشراب نقيع، كذا في «المغرب».

وأمّا المنقّع بالتشديد من التنقيع، لم يورد في الكتب المتداولة من اللغة.

قوله: وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ عَمَلًا بِإِطْلَاقِ الحَدِيثِ - وهو قوله صلّى الله عليه وسلم: «التمر بالتمر مثل بمثل، الحنطة بالحنطة مثل بمثل» - **إِلَّا أَنَّهُ تَرَكَ هَذَا الأَصْلَ فِي بَيْعِ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ لِمَا رَوَيْنَاهُ**، وهو قوله صلّى الله عليه وسلم: «**لا إذًا**».

قوله: وَوَجْهُ الفَرْقِ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، إلى آخره، فمحمد يفرق بين هذه الفصول، وهي بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة إلى آخرها، وبين بيع الرطب بالرطب، فيقول هناك: التفاوت يظهر بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عقد به العقدُ، ولا يكون ذلك تفاوتًا في المعقود عليه، وفي هذه الفصول يظهر التفاوت بعد الجفوف مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد به العقد، وهو الحنطة والزبيب والتمر، فكان هذا تفاوتًا في المعقود عليه، ولهذا لا يجوّز بيع الرطب بالتمر؛ لأن التفاوت يظهر مع بقاء أحد البدلين على الاسم الذي عقد به العقد، كذا في «المبسوط».

وحاصله أن عند محمد رحمه الله ظهور التفاوت مع بقاء اسم كل المعقود عليه، أو مع بقاء اسم البعض المعقود عليه مفسدٌ للعقد، وأمّا ظهور التفاوت بعد زوال اسم كل المعقود

الِاسْمِ فَلَمْ يَكُنْ تَفَاوُتًا فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَلَا يُعْتَبَرُ. وَلَوْ بَاعَ الْبُسْرَ بِالتَّمْرِ مُتَفَاضِلًا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْبُسْرَ تَمْرٌ، بِخِلَافِ الْكُفُرَّى حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِمَا شَاءَ مِنَ التَّمْرِ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَمْرٍ، فَإِنَّ هَذَا الِاسْمَ لَهُ مِنْ أَوَّلِ مَا تَنْعَقِدُ صُورَتُهُ لَا قَبْلَهُ، وَالْكُفُرَّى عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ، حَتَّى لَوْ بَاعَ التَّمْرَ بِهِ نَسِيئَةً لَا يَجُوزُ لِلْجَهَالَةِ.

عليه لا يفسد العقد.

قوله: وَلَوْ بَاعَ الْبُسْرَ بِالتَّمْرِ مُتَفَاضِلًا لَا يَجُوزُ، وإن كان البُسر لم يحمر ولم يصفر، وذكر في «الذخيرة»: أمَّا بيع البسر بالتمر فلا ذكر له في الكتُب، وذكر شمس الأئمة الحلواني: أنه يجوز بالإجماع إذا تساويا كيلًا يدًا بيد.

الكُفُرَّى: بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء: كم النخل؛ لأنه يستر ما في جوفه، كذا في «المغرب»، وفارسيته: (غُنچۀ خُرما)، وهو أول ما ينسق عنه النخل.

وفي «المبسوط»: ولا بأس بأن يشتري الكفرى بما شئت من التمر يدًا بيدٍ؛ لأن الكفرى ليس بتمر، ولا يكال أيضًا، ولا خير فيه إذا كان الكفرى نسيئة؛ لأنه مجهول فيه الصغير والكبير، وهو عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ، فإن آحاده يتفاوت في المالية.

قوله: فَإِنَّ هَذَا الِاسْمَ - أي: اسم التمر - لَهُ - أي: للبسر - مِنْ أَوَّلِ مَا تَنْعَقِدُ صُورَتُهُ لَا قَبْلَهُ، فإن قبل انعقاد صورته اسمُه الكفرَّى لا التمر، كالإنسان فاسم الإنسان له بعد تمام صورته وتمام خلقته ودخول الروح فيه، وقبله علقة ومضغة، وبعد دخول الروح وإن كان يختلف اسمُه من الجنين، والطفل والصبي والشباب لا يخرج عن كونه إنسانًا، فكذا في التمر لا يخرج عن اسم التمر بعد انعقاد صورته، وإن كان يختلف اسمه بالبُسر والحصرم وغيرهما.

وقوله: وَالْكُفُرَّى عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ، يحتمل أن يكون هذا جواب إشكال يرد على قوله: لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَمْرٍ، بأن قيل: لمَّا لم يكن تمرًا وجبَ أن يجوز إسلام الثمن في الكفرَّى، فقال في جوابه: الْكُفُرَّى عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّيْتُونِ بِالزَّيْتِ وَالسِّمْسِمُ بِالشَّيْرَجِ حَتَّى يَكُونَ الزَّيْتُ وَالشَّيْرَجُ أَكْثَرَ مِمَّا فِي الزَّيْتُونِ وَالسِّمْسِمِ فَيَكُونَ الدُّهْنُ بِمِثْلِهِ وَالزِّيَادَةُ بِالثَّجِيرِ) لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ يَعْرَى عَنِ الرِّبَا إِذْ مَا فِيهِ مِنَ الدُّهْنِ مَوْزُونٌ، وَهَذَا لِأَنَّ مَا فِيهِ لَوْ كَانَ أَكْثَرَ

قوله: وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّيْتُونِ بِالزَّيْتِ، أي بيع ثمرة الزيتون بالزيت، وذكر في «المغرب»: الزيتون من العِضَاهِ، ويقال لثمره: الزيتون أيضًا، ولدهنه الزيتُ.

ثم اعلم أن الأصل في جنس هذه المسائل أن المجانسة بين الشيئين قد يكون باعتبار العين تارة، وباعتبار ما في العين أخرى، ففيما وجدت المجانسة عينًا لا يعتبر ما في الضمن، حتى يجوز بيع قفيز حنطة عَلَكة بقفيز حنطة أكلها السُّوسُ، ولا يعتبر ما في الضمن، وفي الحنطة بالدقيق يعتبر المجانسة بما في الضمن حقيقةً وإن كان شيئًا آخر حكمًا، ثم لا مجانسة بين الزيتون والزيت صورةً، وإنما يعتبر المجانسة بما في الضمن وهو الزيت الذي في الزيتون، وبيع أحدهما بالآخر على أربعة أوجه:

(١) إن عُلم أن ما في الزيتون من الزيت أكثر من المنفصل فقد تحقق الفضل الخالي عن العوض، فلا يجوز البيع.

(٢) وكذلك إن علم أنه مثله؛ لأن ثقل الزيتون يكون فضلًا خاليًا عن العوض.

(٣) وإن كان لا يعلم كيف هؤلاء لا يجوز العقد عندنا، وقال زفر: يجوز؛ لأن الأصل في مقابلة مالٍ متقوم بمالٍ متقومٍ جواز العقد، وإنما الفساد بوجود الفضل الخالي عن العوض، فما لم يُعلم به لا يفسد البيع، وعندنا: الفضل الذي هو متوهم الوجود كالمتحقق في باب الربا؛ لما رُوي أن النبي صلَّى الله عليه وسلم «نَهى عن الربا والريبة»، والريبة شبهة الربا.

وقال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه: «كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام».

(٤) وإن علم أن ما في الزيتون من الزيت أقل من المنفصل فالبيع جائز؛ لأن المثل تصير بإزاء المثل، والباقي من الزيت بإزاء الثَّفل، فلا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة بهذا الطريق.

وكذلك دهن السمسم بالسمسم وأمثاله، ولا خير في شيء من ذلك نسيئةً؛ لوجود

أَوْ مُسَاوِيًا لَهُ، فَالثَّجِيرُ وَبَعْضُ الدُّهْنِ أَوِ الثَّجِيرُ وَحْدَهُ فَضْلٌ، وَلَوْ لَمْ يُعْلَمْ مِقْدَارُ مَا فِيهِ لَا يَجُوزُ لِاحْتِمَالِ الرِّبَا، وَالشُّبْهَةُ فِيهِ كَالحَقِيقَةِ، وَالجَوْزُ بِدُهْنِهِ وَاللَّبَنُ بِسَمْنِهِ

الجنسية باعتبار ما في الضمن، كذا في «المبسوط».

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: وإنما يشترط أن يكون الخالص أكثر إذا كان التفل في البدل الآخر شيئًا له قيمة، أمَّا إذا كان شيئًا له قيمة له كما في الزبد بعد إخراج السمن منه، فإن في هذا الوجه إذا كان السمنُ الخالصُ مثل ما فيه من السمن يجوز، هو مرويّ ذلك عن أبي حنيفة رحمه الله.

وقوله: فَالثَّجِيرُ وَبَعْضُ الدُّهْنِ ... فَضْلٌ، منصرف إلى قوله: لَوْ كَانَ أَكْثَرَ، وقوله: أَوِ الثَّجِيرُ وَحْدَهُ فَضْلٌ، ينصرف إلى قوله: أَوْ مُسَاوِيًا لَهُ.

فإن قيل: ينبغي أن لا يجوز بيع دهن السمسم بالسمسم بأيّ وجه كان؛ لأن الدهن وزني والسمسم كيلي؟

قلنا: المقصود من السمسم ما في السمسم وهو دهنه، فكان فيه حينئذٍ بيعُ الجنس بالجنس.

فإن قيل: لمَّا كان ما في السمسم مقصودًا وثجيره أيضًا مقصود، حتى يجعل بمقابلته شيء من الدهن، ينبغي أن يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلًا، صرفًا لكل واحد من الدهن والثجير إلى خلاف الجنس، كما في مسألة الأكرار وهي: بيعُ كرّ حنطة وكرّ شعير بثلاثة أكرار حنطة وكر شعير.

قلنا: ذلك الصرف إلى خلاف الجنس إنما يصح في المنفصل خلقة كما في مسألة الأكرار؛ لأنه لمَّا كان منفصلًا خلقةً أمكن اعتباره منفصلًا في حق الصرف إلى خلاف الجنس أيضًا؛ ولأن السمسم إذا كان زائدًا في أحد الجانبين كان ما في ضمن السمسم الزائد من الدهن أيضًا زائدًا على الدهن الذي هو في ضمن السمسم الأقل بمقابلته، والدهن وزنِيّ فكان فيه بيع الدهن بالدهن متفاضلًا في الوزن.

وذكر في «الإيضاح»: وأمَّا الأدهان فالخلُّ والزيتُ جنسان لاختلاف أصليهما، قال:

وَالعِنَبُ بِعَصِيرِهِ وَالتَّمْرُ بِدِبْسِهِ عَلَى هَذَا الِاعْتِبَارِ. وَاخْتَلَفُوا فِي القُطْنِ بِغَزْلِهِ، وَالكِرْبَاسُ بِالقُطْنِ يَجُوزُ كَيْفَمَا كَانَ بِالإِجْمَاعِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ اللُّحْمَانِ المُخْتَلِفَةِ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلًا) وَمُرَادُهُ لَحْمُ الإِبِلِ

وإن كان أصلهما واحدًا واختلف المضاف إليه كالبنفسج مع الخيري؛ لأن المقاصد بينهما يختلف، فسقط حكم اتحاد الأصل.

الشَّيْرَجُ: الدهن الأبيض، ويقال للعصير أو النبيذ قبل أن يتغير: شَيرجٌ أيضًا، وهو تعريب (شِيرَهْ)، كذا في «المغرب».

قوله: وَاخْتَلَفُوا فِي القُطْنِ بِغَزْلِهِ، وذكر في «الإيضاح»، و«الذخيرة» :ولا يجوز بيع غزل القطن بالقطن متساويًا؛ لأن القطن ينقص بالغزل، وهو نظير الحنطة مع الدقيق.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» في موضع: ولا يجوز بيع الغزل بالقطن إلا متساويًا؛ لأن أصلهما واحد وكلاهما موزون، وإن خرجا من الوزن، أو خرج أحدهما من الوزن فلا بأس به إن بيع واحدًا باثنين، وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال، وعن محمد رحمه الله: أن بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلًا، وعنه: أنه لا يجوز مطلقًا.

ثم ذكر بعد هذا: ولا بأس ببيع المحلوج بالقطن، والغزل بالقطن، إذا كان يعلم أن الخالص أكثر ممَّا في الآخر، وإن كان لا يدري لا يجوز.

قوله: وَيَجُوزُ بَيْعُ اللُّحْمَانِ المُخْتَلِفَةِ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلًا، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز؛ لأن المقصود من اللحم شيء واحد وهو التعدي والتقوي، واختلاف المقاصد بعد ذلك يرجع إلى الوصف.

ونحن نقول: بأن اللحوم فروعُ أصول مختلفة، واختلاف الأصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالإدهان، وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبارًا لمعنى العام كالطعم في المطعومات، والتفكه في الفواكه، والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاصّ، كذا في «الإيضاح».

وَالبَقَرِ وَالغَنَمِ؛ فَأَمَّا البَقَرُ وَالجَوَامِيسُ جِنْسٌ وَاحِدٌ، وَكَذَا المَعْزُ مَعَ الضَّأْنِ وَكَذَا العِرَابُ مَعَ البَخَاتِيِّ.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ أَلْبَانُ البَقَرِ وَالغَنَمِ) وَعَنِ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - لا يَجُوزُ لِأَنَّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ لِاتِّحَادِ المَقْصُودِ، وَلَنَا أَنَّ الأُصُولَ مُخْتَلِفَةٌ حَتَّى لا يَكْمُلَ نِصَابُ أَحَدِهِمَا بِالآخَرِ فِي الزَّكَاةِ، فَكَذَا أَجْزَاؤُهَا إِذَا لَمْ تَتَبَدَّلْ بِالصَّنْعَةِ.

قوله: فَأَمَّا البَقَرُ وَالجَوَامِيسُ جِنْسٌ وَاحِدٌ، يعني: لا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلًا.

فإن قلتَ: يشكل على حرمة بيع اللحوم في الجنس الواحد بعضها ببعض متفاضلًا، بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلًا، فإنه يجوز وإن كان من جنس واحد.

قلتُ: ذاك باعتبار أنه لا يوزن في العادة، كذا في «الإيضاح»، وإذا لم يوزن لا يكال أيضًا وهو ظاهر، فلمَّا لم يكن له مقدار شرعي ألحق بغير المكيل والموزون، وهناك يجوز بيع بعضه ببعضه متفاضلًا وإن كان من جنس واحد كالثياب، فكذا هاهُنا.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الأُصُولَ مُخْتَلِفَةٌ حَتَّى لا يَكْمُلَ نِصَابُ أَحَدِهِمَا بِالآخَرِ فِي الزَّكَاةِ، وأمَّا **قوله:** لِاتِّحَادِ المَقْصُودِ، قلنا: لم يتحد المقصود أيضًا، فإن مقصود الثمن يحصل بلبن البقر دون لبن الإبل ولكن مع اختلاف الجنس، فالألبان واللحوم موزونة كلها، فلذلك لا يجوز بيع البعض بالبعض نسيئةً، ويجوز متفاضلًا يدًا بيدٍ لانعدام أحد الوصفين، كذا في «المبسوط».

قوله: فَكَذَا أَجْزَاؤُهَا، أي: أجزاء الأصول أيضًا مختلفة بحسب اختلاف الأصول، وأمَّا في حق الجنس الواحد فمتحد، حتى جاز في الألبان التي هي مختلفة الأصول كألبان البقر مع ألبان الشاة يجوز بيع بعضها بالبعض متفاضلًا، ولا يجوز في الألبان التي اتحد أصلها كألبان الشاة بيعَ بعضُها بالبعض متفاضلًا.

قوله: إِذَا لَمْ تَتَبَدَّلْ بِالصَّنْعَةِ، يعني: إذا تبدل بالصفة حينئذٍ لا يعتبر اتحاد الفصل، بل يصير جنسين بسبب تبدلهما بالصنعة وإن كان أصلهما واحدًا، كالزندنيجي مع الوذاري،

قَالَ: (وَكَذَا خَلُّ الدَّقَلِ بِخَلِّ العِنَبِ) لِلاخْتِلَافِ بَيْنَ أَصْلَيْهِمَا، فَكَذَا بَيْنَ مَاءَيْهِمَا وَلِهَذَا كَانَ عَصِيرَاهُمَا جِنْسَيْنِ، وَشَعْرُ المَعْزِ وَصُوفُ الغَنَمِ جِنْسَانِ لِاخْتِلَافِ المَقَاصِدِ.

قَالَ: (وَكَذَا شَحْمُ البَطْنِ بِالإِلْيَةِ أَوْ بِاللَّحْمِ) لِأَنَّهَا أَجْنَاسٌ مُخْتَلِفَةٌ لِاخْتِلَافِ الصُّوَرِ وَالمَعَانِي وَالمَنَافِعِ اخْتِلَافًا فَاحِشًا.

والهرويّ مع المرويّ.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله: فإذا تبدلت صارا نوعين فيجوز البيع كيف ما كان، كبيع الحنطة أو الدقيق بالخبز.

الدَّقَل: نوع من أردإ التمر، وإنما خص خَلَّ الدَّقَلِ وإن كان حكم خل سائر التمور كذلك؛ لأنَّهم يجعلون الخل من الدقل، فكان هو إخراج الكلام مخرج العادة، ثم لمَّا كان هذان الخلان جنسين جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلًا، لكن لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئةً؛ لأنه جمعهما قدر واحد وهو الوزن أو الكيل، كذا في «المبسوط».

قوله: وَشَعْرُ المَعْزِ وَصُوفُ الغَنَمِ جِنْسَانِ، فإن قيل: يجب أن يكونا جنسًا واحدًا؛ لأن المعز والغنم جنس واحد حتى اعتبر اتحادهما في حق الألبان وفي حق تكميل النصاب.

قلنا: نعم كذلك، إلا أن المقاصد فيهما قد اختلفت، فإن الحبال الصلبة والمسوج إنما يُتخذ من شعر المعز دون صوف الضأن، واللبود واللفافة إنما يتخذ من صوف الضأن دون شعر المعز، فصارا بسبب اختلاف المقاصد جنسين مختلفين.

وحصل من هذا كله أن ما يوجب اختلاف الجنس في الشيء أنواع ثلاثة:

أحدها: اختلاف الأصول كألبان البقر والغنم وكذا لحومهما.

والثاني: التبدّل بالصنعة مع اتحاد الأصل كالوذاري والزندنيجي، والخبز مع الدقيق.

وذكر في «المبسوط»: وكذلك الزيت المطبوخ مع غير المطبوخ، والدهن المربّى بالبنفسج مع غير المربى، يجوز بيع رطل من المطبوخ والمربى برطلين من غير المطبوخ

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ الخُبْزِ بِالحِنْطَةِ وَالدَّقِيقِ مُتَفَاضِلًا) لِأَنَّ الخُبْزَ صَارَ عَدَدِيًّا أَوْ مَوْزُونًا فَخَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَكِيلًا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَالحِنْطَةُ مَكِيلَةٌ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ

وغير المربى؛ لأن تلك الرائجة بمنزلة زيادة في عينها.

وذكر في «الذخيرة»: ولو باع قمقمة من حديد أو صفر أو نحاس بقمقمتين من جنسها يجوز يدًا بيدٍ؛ لأن الناس تركوا وزنها مع الإمكان، وترك الوزن مع الإمكان فيما ثبت وزنه باصطلاحهما إعراض عن الاصطلاح على الوزن، وخروجها عن الاصطلاح على الوزن لم يكن إلا باعتبار الصنعة، فعُلِم أن للصنعة في تغيير الأجناس تأثيرًا.

والثالث: اختلاف المقصود وإن لم يتبدل الأصلُ والصَّنعة، كشعر العنز[1]، وصوف الضأن، فإن أصلهما جنسٌ واحدٌ ولم يمس الصنعة فيهما بعد، ومع ذلك صار جنسين مختلفين بسبب اختلاف المقصود، وكالعبد مع الأمة على ما مرَّ.

فإن قيل: شعر العنز وصوف الضأن بالنظر إلى الأصل هما جنسٌ واحدٌ؛ لأن اسم الغنم يتناول الكل كما في الزكاة، وبالنظر إلى المقصود هما جنسان فينبغي أن لا يجوز بيع الواحد بالاثنين؛ ترجيحًا لجانب الحرمة عند تعارض دليلي الحل والحرمة.

قلنا: إنما يُصار إلى الترجيح عند التعارض ولا تعارض بين الصورة والمعنى؛ لأن المعنى وهو المقصود راجح.

فإن قيل: لو جعلتهما جنسين بالنظر إلى المقصود يجب أن يجعل ألبان البقر والغنم جنسًا واحدًا بالنظر إلى المقصود، فإن المقصود منهما جميعًا واحد.

قلنا: لا نسلم اتحاد المقصود، فإن لبن البقر قد يضرّ الإنسان في بعض الأحوال، ولبن الغنم لا يضرّ في تلك الحالة التي يضرّ لبن البقر.

قوله: لِأَنَّ الخُبْزَ صَارَ عَدَدِيًّا - أي: عند محمد رحمه الله - أَوْ مَوْزُونًا، أي: عند أبي يوسف رحمه الله.

---

(١) في نسخة يوسف آغا (يغ) تحت السطر: العنز: الماعز، وهي الأنثى من المعز.

- رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا خَيْرَ فِيهِ، وَالفَتْوَى عَلَى الأَوَّلِ، وَهَذَا إِذَا كَانَا نَقْدَيْنِ؛ فَإِنْ كَانَتِ الحِنْطَةُ نَسِيئَةً جَازَ أَيْضًا، وَإِنْ كَانَ الخُبْزُ نَسِيئَةً يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَعَلَيْهِ الفَتْوَى، وَكَذَا السَّلَمُ فِي الخُبْزِ جَائِزٌ فِي الصَّحِيحِ، وَلا خَيْرَ فِي اسْتِقْرَاضِهِ عَدَدًا أَوْ وَزْنًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ بِالخُبْزِ وَالخَبَّازِ وَالتَّنُّورِ

قوله: لا خَيْرَ فِيهِ - أي: لا يجوز على وجه المبالغة؛ لأنه نكرة في موضع النفي فعمَّ نفيَ جميع الخيرية - وَالفَتْوَى عَلَى الأَوَّلِ، وهو أن بيع الخبز بالحنطة أو الدقيق جائز.

قوله: وَكَذَا السَّلَمُ فِي الخُبْزِ جَائِزٌ فِي الصَّحِيحِ، احتراز عما رُوي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز، ذكره في «المبسوط» وقال: وأمَّا السلم في الخبز فلا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يحفظ عنهما خلافُ ذلك.

ومن أصحابنا من يقول: يجوز عندهما على قياس السلم في اللَّحم، ومنهم من يقول: لا يجوز؛ لما عُلِّل به في النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: لأنه لا يوقف على حدّه، معناه: أنه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز، ويكون منه الثقيل والخفيف.

ثمَّ بِهذه العلة أفسد أبو حنيفة رحمه الله الاستقراضَ فيه؛ لأن السلم أو بيعُ بابًا من القرض حتى يجوز السلم في الثياب، ولا يجوز الاستقراض، فإذا لم يجز السلم في الخبز لهذا المعنى فلَأَن لا يجوز الاستقراض أَوْلَى، وأبو يوسف رحمه الله يقول: الخبز موزون عادةً، والاستقراض في الموزونات وزنًا يجوز.

وذكر في «الذخيرة» محالًا إلى شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله: لا يجوز السلم في الخبز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا وزنًا ولا عددًا، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يجوز وزنًا.

واختار المشايخ للفتوى قول أبي يوسف رحمه الله إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سُمّي حتى لا يصير استبدالًا

وَالتَّقَدُّمِ وَالتَّأَخُّرِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - يَجُوزُ بِهِمَا لِلتَّعَامُلِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَجُوزُ وَزْنًا وَلا يَجُوزُ عَدَدًا لِلتَّفَاوُتِ فِي آحَادِهِ.

قَالَ: (وَلا رِبَا بَيْنَ المَوْلَى وَعَبْدِهِ) لِأَنَّ العَبْدَ وَمَا فِي يَدِهِ مِلْكٌ لِمَوْلاهُ فَلا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا، وَهَذَا إِذَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لا يَجُوزُ لِأَنَّ مَا فِي يَدِهِ لَيْسَ مِلْكَ المَوْلَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعِنْدَهُمَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الغُرَمَاءِ فَصَارَ كَالأَجْنَبِيِّ فَيَتَحَقَّقَ الرِّبَا كَمَا يَتَحَقَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُكَاتَبِهِ.

قَالَ: (وَلا بَيْنَ المُسْلِمِ وَالحَرْبِيِّ فِي دَارِ الحَرْبِ) خِلافًا لِأَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ، لَهُمَا الاعْتِبَارُ بِالمُسْتَأْمَنِ مِنْهُمْ فِي دَارِنَا.

بالمسلم فيه قبل القبض.

وقوله: وَالتَّقَدُّمِ وَالتَّأَخُّرِ، يعني: في أول التنور أو في آخره.

قوله: وَهَذَا إِذَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فإن قلتَ: قد ذكرتَ في باب المرابحة أن المبايعة بين المولى وعبده المأذون له إنما تصح إذا كان على العبد دين يحيط برقبته، وإلا لا يجوز، فكيف أجاز المبايعة بينهما هاهُنا بدون الدين؟

قلتُ: هاهُنا أيضًا لم يدل شيء على أنه يجوز، بل دل الدليل على أنه لا يجوز وهو قوله: لِأَنَّ العَبْدَ وَمَا فِي يَدِهِ مِلْكٌ لِمَوْلاهُ فَلا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا، أي: فلا يتحقق البيع فلذلك لا يتحقق الربا؛ لما أن بيع الإنسان في ملكه بملكه باطل، وعدم تحقق الربا دليل على عدم صحة البيع؛ لأن البيع إذا وجد بحقيقته في دار الإسلام فوجد الربا بشرائطه يكون ربًا لا محالة.

قوله: لَهُمَا الاعْتِبَارُ بِالمُسْتَأْمَنِ، أي: يتحقق الربا بين المسلم والمستأمن في دارنا فكذا

وَلنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا رِبَا بَيْنَ المُسْلِمِ وَالحَرْبِيِّ فِي دَارِ الحَرْبِ» وَلِأَنَّ مَالَهُمْ مُبَاحٌ فِي دَارِهِمْ فَبِأَيِّ طَرِيقٍ أَخَذَهُ المُسْلِمُ أَخَذَ مَالًا مُبَاحًا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ غَدْرٌ، بِخِلَافِ المُسْتَأْمَنِ مِنْهُمْ لِأَنَّ مَالَهُ صَارَ مَحْظُورًا بِعَقْدِ الأَمَانِ.

في دارهم، والجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع، والجواب ما ذكره في الكتاب، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ الحُقُوقِ)

(وَمَنِ اشْتَرَى مَنْزِلًا فَوْقَهُ مَنْزِلٌ فَلَيْسَ لَهُ الأَعْلَى إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِمَرَافِقِهِ أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهِ أَوْ مِنْهُ. وَمَنِ اشْتَرَى بَيْتًا فَوْقَهُ بَيْتٌ بِكُلِّ حَقٍّ لَمْ يَكُنْ لَهُ الأَعْلَى، وَمَنِ اشْتَرَى دَارًا بِحُدُودِهَا فَلَهُ العُلُوُّ وَالكَنِيفُ) جَمَعَ بَيْنَ

بابُ الحقوق

كان من حقِّ مسائل هذا الباب أن يذكر في الفصل المفصَّل بأول كتاب البيوع، إلا أنه التزم المصنف رحمه الله ترتيب «الجامع الصغير» المرتب فيما هو من مسائله، وهناك هكذا وقع فكذا هُنا؛ ولأن الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع.

قوله: بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ، أي: الحق الذي للمنزل من الطريق الذي فيه حق الخروج والدخول.

وقوله: فِيهِ، أي: في المنزل مما ينتفع به نحو الميزاب.

وقوله: بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِمَرَافِقِهِ أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ، أي: قال ذلك اللفظ الأول وهو قوله: بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ، ولم يقل غيره، أو قال الثاني ولم يقل غيره، أو قال الثالث ولم يقل غيره.

فهاهُنا أسام ثلاثة: الدار، والبيت، والمنزل، فالجواب في الكل هو أن العلو يدخل في ذكر الدار من غير نصّ باسمه الخاص، ومن غير ذكر الحقوق، وفي البيت لا يدخل إلا بذكر اسمه الخاص، وفي المنزل يدخل بذكر الحقوق.

وذكر في «الفوائد الظهيرية» محالًا إلى شفعة «مبسوط شمس الأئمة السرخسي» رحمه

الْمَنْزِلِ وَالبَيْتِ وَالدَّارِ، فَاسْمُ الدَّارِ يَنْتَظِمُ العُلُوَّ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا أُدِيرَ عَلَيْهِ الحُدُودُ، وَالعُلُوُّ مِنْ تَوَابِعِ الأَصْلِ وَأَجْزَائِهِ فَيَدْخُلَ فِيهِ، وَالبَيْتُ اسْمٌ لِمَا يُبَاتُ فِيهِ، وَالعُلُوُّ مِثْلُهُ، وَالشَّيْءُ لا يَكُونُ تَبَعًا لِمِثْلِهِ فَلَا يَدْخُلُ فِيهِ إِلَّا بِالتَّنْصِيصِ عَلَيْهِ، وَالمَنْزِلُ بَيْنَ الدَّارِ وَالبَيْتِ لِأَنَّهُ يَتَأَتَّى فِيهِ مَرَافِقُ السُّكْنَى مَعَ ضَرْبِ قُصُورٍ إِذْ لا يَكُونُ فِيهِ مَنْزِلُ

الله: أن البيت اسم لمسقَّف واحد له دهليز، والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقَّف ومطبخ، يسكنه الرجل بعياله، والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقَّف، فكان المنزل فوق البيت دون الدار.

قال أبو زيد عُبيد الله بن أبي بكر بن الحسين المعروف أبوه بخواهر زاده رحمهما الله: وإنما كان الجواب هكذا؛ لأن العلو بمنزلة البناء من وجه، وبمنزلة البيت من وجه، من حيث أن قوام العلو بالسفل كان بمنزلة البناء، ومن حيث أنه يبنى لينتفع بنفسه لا ليصير السفل به منتفعًا به فهو كبيت آخر.

بخلاف البناء فإنه لا يبنى لينتفع بنفسه، وإنما يبنى ليصير داخل البناء منتفعًا به بالبناء، وإذا كان كذلك يُوفّر على الشبهين حظهما في المسائل الثلاث، فيجعل للعلو منزلة بين المنزلتين فيها، فيقال: متى ذكر الحقوق دخل، وإن لم ينصّ على العلو كالبناء يدخل من غير التنصيص عليه، ومتى لم يذكر الحقوق لا يدخل كبيت آخر.

قوله: وَالشَّيْءُ لا يَكُونُ تَبَعًا لِمِثْلِهِ، فإن قيل: يشكل على هذا المستعير فإن له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل، والمكاتب فإن له أن يكاتب.

قلنا: المراد من عدم التبعية هاهُنا في اللفظ الواحد بأن يكون اللفظ موضوعًا لشيء، فعند ذكر الشيء إن يدخل هو ومثله فإنه لا يصح، بل ما كان تبعًا لذلك الشيء يدخل تبعًا للمذكور الذي وضع له اللفظ مقصودًا، وأمَّا في الإعارة والمكاتب لم يتبع للفظه ما هو مثله أيضًا، ولكن لمَّا أعار لرجل فقد ملكه المنافع، وولاية الإعارة للمستعير إنما نشأت من يملكه المنافع كالمالك، إلا أنه لم يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل.

الدَّوَابِّ، فَلِشَبَهِهِ بِالدَّارِ يَدْخُلُ العُلُوُّ فِيهِ تَبَعًا عِنْدَ ذِكْرِ التَّوَابِعِ، وَلِشَبَهِهِ بِالبَيْتِ لا يَدْخُلُ فِيهِ بِدُونِهِ. وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يَدْخُلُ العُلُوُّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِأَنَّ كُلَّ مَسْكَنٍ يُسَمَّى بِالفَارِسِيَّةِ «خَانَهْ» وَلا يَخْلُو عَنْ عُلُوٍّ، وَكَمَا يَدْخُلُ العُلُوُّ فِي اسْمِ الدَّارِ يَدْخُلُ الكَنِيفُ لِأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِهِ، وَلا تَدْخُلُ الظُّلَّةُ إلَّا بِذِكْرِ مَا ذَكَرْنَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى هَوَاءِ الطَّرِيقِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ. وَعِنْدَهُمَا إنْ كَانَ مِفْتَحُهُ فِي الدَّارِ يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ شَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَا لِأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِهِ فَشَابَهَ الكَنِيفَ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى بَيْتًا فِي دَارٍ أَوْ مَنْزِلًا أَوْ مَسْكَنًا لَمْ يَكُنْ لَهُ الطَّرِيقُ إلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِمَرَافِقِهِ أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ، وَكَذَا الشُّرْبُ وَالمَسِيلُ) لِأَنَّهُ خَارِجُ

بخلاف المالك؛ لأن المستعار أمانةٌ في يده، وفيما يختلف باختلاف المستعمل احتمال وقوع التغير فيه بسبب استعمال المستعير الثاني، فمنع منه حذار وقوع التغير به، وكذلك المكاتب لمَّا اختص لمكاسبه كان هو أحق بتصرف ما يوصله إلى مقصوده، وفي كتابة عبده تسبَّب إلى ما يوصله إلى مقصوده عسى.

قوله: عِنْدَ ذِكْرِ التَّوَابِعِ، وهو **قوله: بِكُلِّ حَقٍّ**، أو أمثاله.

الكَنِيفُ: المستراح.

وذكر في «الجامع الصغير» لقاضي خان: **الظُّلَّةُ**: هي الساباط[1] الذي يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى، أو على الأسطوانات في السكة ومفتحها في الدار.

وذكر في «المغرب»: وقول الفقهاء: ظلة الدار، يريدون السدة التي فوق الباب.

قوله: إلَّا بِذِكْرِ مَا ذَكَرْنَا، وهو **قوله: بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ**.

---

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): والساباط: سقيفة بين حائطين تحتها طريق، والجمع: سوابيط وساباطات. (صحاح جوهري)

الحُدُودِ إِلَّا أَنَّهُ مِنَ التَّوَابِعِ فَيَدْخُلَ بِذِكْرِ التَّوَابِعِ، بِخِلَافِ الإِجَارَةِ لِأَنَّهَا تُعْقَدُ لِلِانْتِفَاعِ فَلَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِهِ، إِذِ المُسْتَأْجِرُ لا يَشْتَرِي الطَّرِيقَ عَادَةً وَلا يَسْتَأْجِرُهُ فَيَدْخَلَ

قوله: فَيَدْخُلَ بِذِكْرِ التَّوَابِعِ، - وهو قوله: بِكُلِّ حَقٍّ - بِخِلَافِ الإِجَارَةِ، أي: حيث يدخل الطريق فيها بدون قوله: بِكُلِّ حَقٍّ، في استئجار الدار، والمسيلُ والشربُ في استئجار الأرض، وإن لم يذكر الحقوق والمرافق؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة، ولهذا لا يصح فيما لا ينتفع به في الحال كالأرض السَّبخة، والنهر الصغير ونحو ذلك، والانتفاع بالدار بدون الطريق لا يكون، فمسَّت الضرورة إلى إدخالها في الإجارة.

أمَّا البيع فتمليك العين لا تمليك المنفعة، ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالأرض السَّبِخة ونحوها، فلمَّا جاز البيع بدونها لا يدخل إلا بالذكر، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

فإن قيل: ما ذكرتم يشكل بالقسمة، فإن الدار إذا كانت بين رجلين وفيها صفَّة وفيها بيت، وباب البيت في الصفَّة، ومسيلُ ماء ظهر البيت على ظهر الصفَّة فاقتسما، فأصاب الصفَّة أحدهما وقطعه من الساحة ولم يذكروا طريقاً ولا مسيل ماء، وصاحب البيت لا يستطيع أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة، ولا يقدر أن يسيل ماءُه في ذلك فالقسمة فاسدة، فعلى قياس ما ذكرتم ينبغي أن يدخل الطريق والمسيلُ وإن لم يذكر الحقوق والمرافق تحريًا لجواز القسمة، كما أنَّهما يدخلان في الإجارة تحريًا لجواز الإجارة، وما الفرق بينهما؟

قلنا: الفرق بينهما هو أن في باب الإجارة موضع الشرب ليس ممَّا تناولته الإجارة، ولكن يتوصَّل به إلى الانتفاع بالمستأجر، والآجرُ إنما يستوجب الأجر إذا تمكن المستأجر من الانتفاع، ففي إدخال الشرب توفيرُ المنفعة عليهما، وأمَّا هاهُنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة؛ لأنَّهما كانا داخلين في الملك المشترك، فموجَب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه، فلو أثبتنا لأحدهما حقًّا في نصيب الآخر يضرّر به الآخر، ولا يجوز الإضرار به بدون رضاه، وإنما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق، فلهذا لم يدخل

تَحْصِيلًا لِلْفَائِدَةِ المَطْلُوبَةِ مِنْهُ، أَمَّا الِانْتِفَاعُ بِالمَبِيعِ مُمْكِنٌ بِدُونِهِ لِأَنَّ المُشْتَرِيَ عَادَةً يَشْتَرِيهِ، وَقَدْ يَتَّجِرُ فِيهِ فَيَبِيعُهُ مِنْ غَيْرِهِ فَحَصَلَتِ الفَائِدَةُ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين البيع، فإن في البيع إذا ذكر الحقوق يدخل الطريق والمسيل، وإن أمكنه أن يفتح الباب فيما ابتاع، ويُسيّل ماءه فيه، وفي القسمة إذا أمكنه أن يفتح بابه فيما أصابه من السَّاحة ويُسيّل ماءه فيه فإنه لا يدخل المسيل والطريق وإن ذكر الحقوق والمرافق؟

قلنا: الفرق بينهما هو أن المقصود بالبيع إيجابُ الملك، وقصد المشتري التمكن من الانتفاع، وذلك إنما يتم بالطريق والمسيل، إلا أن ذلك خارج من الحدود فلا يدخل في البيع بمطلق تسمية البيت إلا بذكر الحقوق، وأمَّا المقصود بالقسمة فيميز أحد الملكين من الآخر، واختصاصُ كل واحد منهما بالانتفاع بنصيبه على وجه لا شركه للآخر فيه، وإنما يتم هذا المقصود إذا لم يدخل الطريق والمسيل ليتميز نصيبُ أحدهما عن نصيب الآخر من كل وجه، فلهذا لم يدخلا مع ذكر الحقوق والمرافق، كذا في «الفوائد الظهيرية»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ الِاسْتِحْقَاقِ)

(وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ بِبَيِّنَةٍ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَوَلَدَهَا، وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا لِرَجُلٍ لَمْ يَتْبَعْهَا وَلَدُهَا) وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ البَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ فَإِنَّهَا كَاسْمِهَا مُبَيِّنَةٌ فَيَظْهَرُ بِهَا مِلْكُهُ مِنَ الأَصْلِ، وَالوَلَدُ كَانَ مُتَّصِلًا بِهَا فَيَكُونُ لَهُ، أَمَّا الإِقْرَارُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ يُثْبِتُ المِلْكَ فِي المُخْبَرِ بِهِ ضَرُورَةُ صِحَّةِ الإِخْبَارِ، وَقَدِ انْدَفَعَتْ بِإِثْبَاتِهِ بَعْدَ

بابُ الاستحقـاق

مناسبة البابين كل واحد منهما بالآخر ظاهرة من حيث اللفظ والمعنى.

قوله: وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا لِرَجُلٍ لَمْ يَتْبَعْهَا وَلَدُهَا، ولا أرشها، ثم القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي جرى بينه وبين البائع، ولكن يوجب وقفه على إجارة المستحق، ثم في هذه المسألة إنما لم يتبعها ولدها إذا لم يدّع المقرُّ له الولد، أمّا إذا ادّعى الولدَ كان له؛ لأن الظاهر يشهد له، وإن لم يدع لم يحكم له، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: فَيَظْهَرُ بِهَا مِلْكُهُ مِنَ الأَصْلِ، فيكون الولد متفرعًا عن جارية مملوكة فيكون له، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض.

قوله: أَمَّا الإِقْرَارُ فَحُجَّةٌ قَاصِرَةٌ، لانعدام الولاية على الغير فيثبت الملك مقصورًا على الحال، ولهذا لا يرجع الباعةُ بعضهم على بعض، وهو أقر بالجارية فلم يجعل إقرارًا بالولد؛ وهذا لأن الإقرار لمّا كان حجة قاصرة يثبت الملك به مقصورًا على الحال، والولد منفصل عنها في الحال لم يتعدّ حكم الملك إليه.

الِانْفِصَالِ فَلَا يَكُونُ الوَلَدُ لَهُ. ثُمَّ قِيلَ: يَدْخُلُ الوَلَدُ فِي القَضَاءِ بِالأُمِّ تَبَعًا، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ القَضَاءُ بِالوَلَدِ وَإِلَيْهِ تُشِيرُ المَسَائِلُ، فَإِنَّ القَاضِيَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالزَّوَائِدِ، قَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا تَدْخُلُ الزَّوَائِدُ فِي الحُكْمِ، فَكَذَا الوَلَدُ إِذَا كَانَ فِي يَدِ غَيْرِهِ لا يَدْخُلُ تَحْتَ الحُكْمِ بِالأُمِّ تَبَعًا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَإِذَا هُوَ حُرٌّ وَقَدْ قَالَ العَبْدُ لِلْمُشْتَرِي اشْتَرِنِي فَإِنِّي عَبْدٌ لَهُ، فَإِنْ كَانَ البَائِعُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا غَيْبَةً مَعْرُوفَةً لَمْ يَكُنْ عَلَى العَبْدِ شَيْءٌ، وَإِنْ

وأمَّا حجة البينة فإنما يثبت الملك المستحق من الأصل، وذلك ملك سابق على الانفصال عنها؛ وذلك لأن الإقرار يُنشئه المقر باختياره، وهو يتمكَّن من إنشاء سبب الملك فيها في الحال غير متمكن من ذلك فيما مضى، فإنما يثبت الملكُ بإقراره مقصورًا على الحال لهذا، وأمَّا عند قيام البينة الشهود لا يتمكنون من إنشاء ملك للمستحق فيه في الحال، ولا القاضي يتمكن من ذلك فلا بدَّ من أن يجعل ذلك إظهار الملك كان له من الأصل، كذا في «الجامع الصغير» للإمام شمس الأئمة السرخسي، وقاضي خان رحمهما الله.

قوله: وَقِيلَ يُشْتَرَطُ القَضَاءُ بِالوَلَدِ، وهو الأصح؛ لأن محمدًا رحمه الله قال: إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعرف الزوائد لم يدخل الزوائد تحت الحكم؛ لأنه منفصل وقت القضاء، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا - أي: على ظن أنه عبدٌ، ولفظ الإمام التمرتاشي رحمه الله: شخصٌ قال لرجل: اشْتَرِنِي فَإِنِّي عَبْدُ فلان، فاشتراه - فَإِذَا هُوَ حُرٌّ، ببينة أقامها، فَإِذَا هُوَ حُرٌّ بسكون الألف؛ لأنَّها إذا المفاجأة.

قوله: وَقَدْ قَالَ العَبْدُ لِلْمُشْتَرِي اشْتَرِنِي فَإِنِّي عَبْدٌ، إنما قيد بهذين القيدين؛ لأنه لو قال وقت البيع: إنِّي عبد ولم يأمره بالشراء، أو قال: اشترني، ولم يقل: إنِّي عبد، لا يرجع عليه بالثمن في قولهم، كذا ذكره الإمام التمرتاشي في «الجامع الصغير» مُحالًا إلى شيخ الإسلام.

كَانَ البَائِعُ لا يُدْرَى أَيْنَ هُوَ رَجَعَ المُشْتَرِي عَلَى العَبْدِ وَرَجَعَ هُوَ عَلَى البَائِعِ، وَإِنِ ارْتَهَنَ عَبْدًا مُقِرًّا بِالعُبُودِيَّةِ فَوَجَدَهُ حُرًّا لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ عَلَى كُلِّ حَالٍ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا يَرْجِعُ فِيهِمَا لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِالمُعَاوَضَةِ أَوْ بِالكَفَالَةِ وَالمَوْجُودُ لَيْسَ إِلَّا الإِخْبَارَ كَاذِبًا فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ الأَجْنَبِيُّ ذَلِكَ، أَوْ قَالَ العَبْدُ ارْتَهِنِّي فَإِنِّي عَبْدٌ وَهِيَ المَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ. وَلَهُمَا أَنَّ المُشْتَرِيَ شَرَعَ فِي الشِّرَاءِ مُعْتَمِدًا

قوله: لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ عَلَى كُلِّ حَالٍ، أي: لم يرجع المرتهن على هذا العبد المقر في حال من الأحوال، سواء كَانَ البَائِعُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا أي غيبة كانت.

قوله: لا يَرْجِعُ فِيهِمَا؛ - أي في البيع والرهن - لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِالمُعَاوَضَةِ أَوْ بِالكَفَالَةِ، أي: في هذا العقد؛ لما أن أنواع الرجوع على الغير بالضمان كثيرة.

وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في «الجامع الصغير» قول محمد مع قول أبي يوسف رحمهما الله.

قوله: وَلَهُمَا - وهو ظاهر الرواية - أَنَّ المُشْتَرِيَ إنما أقدم على الشراء معتمدًا على كلام العبد، فصار بمنزلة المغرور من جهته، والغرور في المعاوضات التي يقتضي سلامة العوض يجعل سببًا للضمان؛ دفعًا للغرور بقدر الإمكان، فإذا ظهرت حرية العبد وأهلية الضمان وتعذر الاستيفاء من جهة البائع يؤاخذ هو بذلك، كالمولى إذا قال لأهل السوق: هذا عبدي، وقد أذنتُ له في التجارة فبايعوه ولحقَه ديون، ثم ظهر أنه كان حرًّا رجعوا عليه بديونهم بحكم الغرور، كذلك هاهُنا، وهذا الغرورُ وقع في عقد هو معاوضة وهو البيع، وبه وقع الفرق بين هذا وبين الرهن؛ لأن الرهن ما شرع معاوضة، ولهذا قيل: حكم الرهن ملك اليد بجهة استيفاء ليتوصل به إلى حقيقة الاستيفاء من ماليَّة الرهن لا من عينه، ولهذا قال علماؤنا: أن الرهن برأس مال السَّلم، أو بالمسلَم فيه إذا هلك يقع به الاستيفاء، ولو كانت معاوضة لكان استبدالًا برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وأنه حرام.

عَلَى مَا أَمَرَهُ وَإِقْرَارِهِ أَنِّي عَبْدٌ، إِذِ القَوْلُ لَهُ فِي الحُرِّيَّةِ فَيُجْعَلُ العَبْدُ بِالأَمْرِ بِالشِّرَاءِ ضَامِنًا لِلثَّمَنِ لَهُ عِنْدَ تَعَذُّرِ رُجُوعِهِ عَلَى البَائِعِ دَفْعًا لِلْغُرُورِ وَالضَّرَرِ، وَلا تَعَذُّرَ إِلَّا فِيمَا لا يُعْرَفُ مَكَانُهُ، وَالبَيْعُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَأَمْكَنَ أَنْ يُجْعَلَ الآمِرُ بِهِ ضَامِنًا لِلسَّلَامَةِ كَمَا هُوَ مُوجِبُهُ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ بَلْ هُوَ وَثِيقَةٌ لِاسْتِيفَاءِ عَيْنِ حَقِّهِ حَتَّى يَجُوزَ الرَّهْنُ بِبَدَلِ الصَّرْفِ وَالمُسَلَّمِ فِيهِ مَعَ حُرْمَةِ الِاسْتِبْدَالِ، فَلَا يُجْعَلُ

وكذا هذا في الصرف، فلم يكن هذا غرورًا في عقد هو معاوضةٌ فلا ينهض سببًا للضمان، ولهذا قلنا: أن الرجل إذا سألَ غيره عن أمن الطريق فقال له: اسلك هذا الطريق فإنه آمن، فسلكه فإذا فيه لصوص سلبوا أمواله وانتهبوها لم يضمن المخبر شيئًا؛ لما أنه غرور فيما ليس بمعاوضة، وكذلك لو قال: كل هذا الطعام فإنه غير مسموم، فأكل ثم ظهر بخلافه لا يضمن؛ لأنه تغرير في غير موضع المعاوضة، ويعزّر لارتكابه المنكر، إلا أن يجعل ذلك الطعام في حلقه حينئذٍ جُعل قاتلًا.

أو نقول: الثمن يجب بالبيع فجاز أن يكون الأمر به ضمانًا، والدين لا يجب بعقد الرهن فلا يكون الأمر به ضمانًا؛ لأنه حينئذٍ لا يكون ساعيًا في إتلاف المال ولا في إتوائه، وإنما يرجع العبد على البائع إذا قدر عليه وإن لم يأمره البائع بالضمان؛ لأنه أدّى دينه وهو مضطر إلى ذلك فصار كمعير الرهن، كذا ذكره الأئمة في شروحهم: الإمام المرغيناني، وقاضي خان، والتمرتاشي رحمهم الله.

ثم في وضع المسألة ضربُ إشكال على ما ذكر، وقول محمد رحمه الله في الكتاب: فإذا العبد حر محتمل، يحتمل حرية الأصل، ويحتمل الحرية بعتاق عارضٍ، فإن أراد به حرية الأصل فلقبول بينة العبد وجهان:

أحدهما: ما قاله عامة المشايخ: أن الشهادة القائمة على حرية الأصل يقبل من غير دعوى العبد عندهم جميعًا؛ لأنّها لا تخلوا عن حرمة الفرج؛ لأن الشهود في شهادتهم مفتقرون إلى تعيين الأم، وفي ذلك تحريمُها وتحريم أخواتها وبناتها؛ لأنه لو كان حر الأصل

الأَمْرُ بِهِ ضَمَانًا لِلسَّلَامَةِ، وَبِخِلَافِ الأَجْنَبِيِّ لِأَنَّهُ لا يُعْبَأُ بِقَوْلِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الغُرُورُ.

وَنَظِيرُ مَسْأَلَتِنَا قَوْلُ المَوْلَى بَايِعُوا عَبْدِي هَذَا فَإِنِّي قَدْ أَذِنْتُ لَهُ ثُمَّ ظَهَرَ الِاسْتِحْقَاقُ فَإِنَّهُمْ يَرْجِعُونَ عَلَيْهِ بِقِيمَتِهِ، ثُمَّ فِي وَضْعِ المَسْأَلَةِ ضَرْبُ إِشْكَالٍ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ الدَّعْوَى شَرْطٌ فِي حُرِّيَّةِ العَبْدِ عِنْدَهُ، وَالتَّنَاقُضُ يُفْسِدُ الدَّعْوَى. وَقِيلَ إِذَا كَانَ الوَضْعُ فِي حُرِّيَّةِ الأَصْلِ فَالدَّعْوَى فِيهَا لَيْسَ بِشَرْطٍ عِنْدَهُ لِتَضَمُّنِهِ تَحْرِيمَ فَرْجِ الأُمِّ. وَقِيلَ هُوَ شَرْطٌ لَكِنَّ التَّنَاقُضَ غَيْرُ مَانِعٍ لِخَفَاءِ العُلُوقِ وَإِنْ كَانَ الوَضْعُ فِي الإِعْتَاقِ فَالتَّنَاقُضُ لا يَمْنَعُ لِاسْتِبْدَادِ المَوْلَى بِهِ فَصَارَ كَالمُخْتَلِعَةِ تُقِيمُ البَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَقَاتِ الثَّلَاثِ قَبْلَ الخُلْعِ وَالمُكَاتَبِ يُقِيمُهَا عَلَى

يكون فرج الأم حرامًا على مولاه، وحرمة الفرج حق الله تعالى، وفي حقوق الله تعالى الدعوى ليست بشرط كما في سائر عتق الأمة، فلا يكون التناقض فيه مانعًا؛ لأنه لم يوجد التناقض في الدعوى لعدم اشتراط الدعوى، حتى لو خلت عن تضمن تحريم الفرج كولد المغرور وهو حرّ الأصل، ولا يتضمن حرمة فرج الأم تكون الدعوى فيه شرطًا، والتناقض فيه يكون مانعًا.

والوجه الثاني: ما قاله بعض المشايخ: أن الدعوى وإن كانت شرطًا أيضًا في حرية الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله، لكنه تعذر في التناقض لخفاء حال العلوق، وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه عفو.

وإن أراد به العتق المبتدأ وهو العتق العارض فلقبول بينة العبد وجهٌ واحدٌ، وهو أن التناقض فيه عفوٌ أيضًا؛ لأن المولى يستبدّ بالإعتاق فيعتق العبد ولا علم له به فيكون التناقض منه عفوًا أيضًا، كما في المختلعة والمكاتب على ما يجيء، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله وغيره.

قوله: كَالمُخْتَلِعَةِ تُقِيمُ البَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَقَاتِ الثَّلَاثِ قَبْلَ الخُلْعِ، وإنما قيّد بالثلاث؛

الإِعْتَاقِ قَبْلَ الكِتَابَةِ.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ) مَعْنَاهُ حَقًّا مَجْهُولًا (فَصَالَحَهُ الَّذِي فِي يَدِهِ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ فَاسْتُحِقَّتِ الدَّارُ إِلَّا ذِرَاعًا مِنْهَا لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ) لِأَنَّ لِلْمُدَّعِي أَنْ يَقُولَ دَعْوَايَ فِي هَذَا البَاقِي.

لأن فيما دون الثلاث يمكن أن يقيم الزوج البينة أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أثبتته المرأة ببينتها قبل يوم أو يومين، وأما في الثلاث فلا يمكن، ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد إقامتهما البينة على ما ادَّعياه.

ثم اعلم هاهُنا مسألة «الجامع الكبير» وهي الأصل في مسائل الاستحقاق وهي: رجل اشترى من آخر ثوبًا فقطعه قميصًا وخاطه، ثم جاء مستحق واستحق القميصَ وقال: هذا القميص لي، وأثبتة بالبينة، فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع؛ لأن الاستحقاق ما ورد على ملك البائع؛ لأنه لو كان ملكه من الأصل ينقطع بالقطع والخياطة، فإن من غصبَ من آخر ثوبًا فقطعه قميصًا وخاطه ينقطع حق المالك عنه إلى الضمان، فكان واردًا على حدوث ملك المشتري فلا يرجع بالثمن على البائع، والأصل في هذا هو أن الاستحقاق إذا وردَ على ملك البائع، أعني به الملكَ من الأصل يرجع المشتري بالثمن على البائع، وإذا ورد الاستحقاق على حدوث ملك المشتري، أعني به مقصورًا على ملك المشتري لا يرجع بالثمن على البائع، كذا في «الجامع الكبير» لصدر الدين الحميد رحمه الله.

قوله: وَمَنِ ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ، إلى آخره، دلَّت المسألة على شيئين:

أحدهما: أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز.

والثاني: دلت المسألة على أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح؛ لأن دعوى الحق في الدار ليست بصحيحة لجهالة الدعوى، حتى لو أقام البينة عليه لا تقبل بينته، إلا إذا ادعى إقرار المدعى عليه بالحق فحينئذٍ تصح الدعوى وتقبل البينة، كذا في «الفوائد

قَالَ: (وَإِنْ ادَّعَاهَا كُلَّهَا فَصَالَحَهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ فَاسْتُحِقَّ مِنْهَا شَيْءٌ رَجَعَ بِحِسَابِهِ) لِأَنَّ التَّوْفِيقَ غَيْرُ مُمْكِنٍ فَوَجَبَ الرُّجُوعُ بِبَدَلِهِ عِنْدَ فَوَاتِ سَلَامَةِ الْمُبْدَلِ، وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الصُّلْحَ عَنِ الْمَجْهُولِ عَلَى مَعْلُومٍ جَائِزٌ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ فِيمَا يَسْقُطُ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ. وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الظهيرية»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي بَيْعِ الفُضُولِيِّ)

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَالمَالِكُ بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ أَجَازَ البَيْعَ؛ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَنْعَقِدُ لِأَنَّهُ لَمْ يَصْدُرْ عَنْ وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ لِأَنَّهَا

فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل بباب الاستحقاق ظاهرة؛ لأن بيع الفضولي من صور الاستحقاق؛ لأن المستحق إنما يستحق ويقول عند الدعوى: هذا ملكي، ومن باعك إنما باعك بغير إذني، فهو عين بيع الفضولي.

و: الفُضُولِيُّ، بضم الفاء لا غير، وذكر في «المغرب»: الفضل: الزيادة، وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه حتى قيل:

فُضولٌ بلا فَضْل وسِنٌّ بلا سِنٍّ * وطُول بلا طَوْلٍ وعَرْضٌ بلا عِرْض

ثم قيل: لمن يشتغل بما لا يعينه: فضوليٌّ؛ لأنه لمَّا صار بالغلبة لهذا المعنى صار كالعَلَم له ولم يُصر إلى واحده في النسب، كما في أعرابيّ وأنصاريّ، وهو في اصطلاح الفقهاء: من ليس بوكيل، وفتح الفاء خطأ.

الأصل في تصرف الفضولي عندنا أن يقول: إن العقود يتوقف على الإجازة إذا كان لها مخير حالة العقد، وإن لم يكن لها مخير حالة العقد لا يتوقف ويقع باطلًا، والشراء لا يتوقف على الإجازة إذا وجد نفاذًا على العاقد، وإن لم يجد نفاذًا عليه فإنه يتوقف.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يتوقف العقود، بيان هذا الأصل هو أن الصبي المحجور عليه إذا باع ماله، أو اشتري شيئًا، أو تزوج امرأة، أو زوج أمته، أو كاتب عبده، أو عقد عقدًا،

بِالمِلْكِ أَوْ بِإِذْنِ المَالِكِ وَقَدْ فُقِدَا، وَلا انْعِقَادَ إِلَّا بِالقُدْرَةِ الشَّرْعِيَّةِ.

وَلَنَا أَنَّهُ تَصَرُّفُ تَمْلِيكٍ وَقَدْ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ فَوَجَبَ القَوْلُ بِانْعِقَادِهِ، إِذْ

يجوز عليه لو فعله وليُّه في حالة الصغر، فإذا فعله بنفسه في حالة الصغر يتوقف على إجازة وليه في حالة الصغر، فلو بلغ الصبي قبل أن يجيزه الولي فأجاز بنفسه جاز، ولا يجوز بنفس البلوغ من غير إجازةٍ بعده.

ولو أن الصبي طلَّق امرأته، أو خلعها، أو أعتق عبده على مالٍ أو بغير مال، أو وهبَ ماله، أو تصدق به، أو زوج عبده امرأةً، أو باع ماله بمحاباة فاحشة، أو اشترى شيئًا بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناسُ في مثله، أو غير ذلك من العقود ممَّا لو فعله وليُّه في حال صغره لا يجوز عليه، فهذه العقود كلها باطلة لا يتوقف، وإن أجازها الصبي بعد البلوغ لم يجز؛ لأن هذه العقود لا مخبر لها وقت العقد فلا يتوقف على الإجازة، إلا إذا كان لفظ إجازته بعد البلوغ ممَّا يصلح لابتداء العقد، فحينئذٍ يصح على جهة الابتداء على جهة الإجارة، نحو أن يقول بعد البلوغ: أوقعتُ ذلك الطلاق أو العتاق فيقع؛ لأنه يصلح للابتداء، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: لِأَنَّهَا بِالمِلْكِ أَوْ بِإِذْنِ المَالِكِ؛ أي: لأن الولاية الشرعية.

قوله: وَلا انْعِقَادَ إِلَّا بِالقُدْرَةِ الشَّرْعِيَّةِ، والقدرة إمَّا بالملك أو بالإذن.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ تَصَرُّفُ تَمْلِيكٍ، هذا من قبيل إضافة العام إلى الخاص كعلم الطب، أي: تصرف هو تمليك، وإنما قيَّد بالتمليك احترازًا عن تصرف هو إسقاط كالطلاق والعتاق، فإن الصبي إذا طلَّق امراته، أو أعتق عبدَه على مال أو على غير مال، لا يتوقف على إجازة المولى، ولا على إجازة نفسه بعد البلوغ.

بخلاف ما إذا باع ماله، أو اشترى شيئًا، أو تزوج امرأة، أو زوَّج أمته، فإن هذه التصرفات منه يتوقف على إجازة الولي، أو إجازة نفسه بعد البلوغ كما ذكرنا.

قوله: وَقَدْ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ، أمَّا بيان الأهلية فإن التصرف كلام، والأهليةُ

لَا ضَرَرَ فِيهِ لِلْمَالِكِ مَعَ تَخْيِيرِهِ، بَلْ فِيهِ نَفْعُهُ حَيْثُ يَكْفِي مُؤْنَةُ طَلَبِ الْمُشْتَرِي

للكلام حقيقة بالتمييز، واعتباره شرعًا بالخطاب.

وأمَّا بيان المحلية فإن البيع تمليك مال بمال، فالمحل إنما يكون محلًّا بكونه مالًا متقومًا، وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا ينعدم المالية والتقوم، ألا ترى أنه لو باعه بإذن المالك يجوز، وما ليس بمحل لا يصير محلًّا بالإذن، ولو باعه المالك بنفسه جاز، والمحلية لا يختلف بكون المتصرف مالكًا وغير مالك.

فإن قيل: اعتبار التصرف شرعًا لحكمة لا لعينه، والمراد بالأسباب الشرعية أحكامُها، واشتراط الملك في المحل لأجل الحكم، فالتمليك لا يتحقق إلا من المالك، فإذا لم يكن المتصرّف مالكًا لغا تصرُّفه؛ لانعدام حكمه.

قلنا: الجواب عن هذا السؤال طريقان:

أحدهما: لا نسلم أن الحكم لا يثبت بهذا التصرف، بل يثبت حكم يليق بالسبب، فإنه يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف، كما يثبت بالسبب البات ملك باتٌّ، ولهذا لو أعتق المشتري ثم أجاز المالك البيع نفذ عتقه؛ وهذا لأنه لا ضرر على المالك في إثبات ملك موقوف لهذا السبب، كما لا ضرر عليه في انعقاد السبب، فأمَّا الضرر ففي زوال ملكه، وبالملك الموقوف لا يزول ملكه الثابت.

والثاني: أن السبب إنما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعًا، فأمَّا إذا تأخَّر عنه الحكم فلا؛ لأن الحكم تارةً يتصل بالسبب، وتارةً يتأخر كما في البيع بشرط الخيار، والعلةُ لا تبطل بتأخر حكمها لمانع، فإن أصل البيع صحيح من المالك، والحكم متأخر على أصل الشافعي إلى أن يتفرقا؛ لأنه تأخر لمانع وهو الخيار، وكذلك الراهنان إذا تبايعا رهنًا برهن بغير إذن المرتهن انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهنين، وكذلك الطلاق إلى شهر سبب للإيقاع صحيح والحكم يتأخر، وكذلك شهر رمضان سبب لوجوب الصوم، والوجوب متأخِّر في حق المسافر والمريض.

ولا يلزم طلاق الصبي الذي يعقل امرأته فإنه لا ينعقد، وإن كان هو أهل الكلام حتى

وَقَرَارُ الثَّمَنِ وَغَيْرِهِ، وَفِيهِ نَفْعُ العَاقِدِ لِصَوْنِ كَلَامِهِ عَنِ الإِلْغَاءِ، وَفِيهِ نَفْعُ

لو طلق امرأة غيره صحَّ، بأن وكَّله رجل بطلاق امرأته، والمحل موجود وهو المنكوحة؛ لأنا نقول: إن الشرع ألحق الصبي بالذي لا عقل له فيما يُضرّه من الأحكام نظرًا له، حتى لا يلزمه حقوق الله تعالى، وإن تحققت الأسباب من إدراك وقت الصلاة، وتحققت الشروط من ملك الزاد والراحلة؛ لأن اللزوم ضررٌ في نفسه فالتحق شرعًا بالبهيمة، والطلاق احترازٌ؛ لأنه إبطال ما شرع مصلحة كالهبة، فلا يبقي أهلًا للكلام من ذلك الوجه، كما لم يبق أهلًا لوجوب حقوق الله تعالى؛ ولأن امرأة الصبي ليست بمحل لوقوع الطلاق عليها بالإيقاع، ألا ترى أنه لا يقع عليها بإذن الوليّ ولا بإيقاعه؛ وهذا لأنا عرفنا محلية الطلاق شرعًا، ولو لا شرع الله الطلاق بعد النكاح لما كانت محلًّا كالأمة، فأمَّا مال الغير فمحل لحكم البيع حتى يثبت فيه حكم البيع عن إذن المالك، أو مباشرته بنفسه، كذا في «الأسرار»، و«المبسوط» في باب الاستبراء من كتاب البيوع.

فإن قلتَ: لا شك أن تصرف المالك في ملكه بالبيع بعد ورود النهي عنه أنفذُ من تصرُّف غير المالك في ملك الآخر بعد ورود النهي في حقِّه أيضًا؛ لما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلم: «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان»، بيان هذا أن المشتري إذا باع المبيعَ قبل القبض ثم قبضه لا ينفذ البيعُ، وكذا لو أجازه البائع، وكذلك لو باع عبدَه الآبق ثم رجع من إباقه لم ينفذ ذلك البيع؛ لورود النهي في حقهما، فلمَّا لم يتوقف تصرفهما فيهما إلى النفاذ مع أنَّهما مالكان لما تصرفا فيه بالبيع، حتى أن الإعتاق منهما جائز فيهما، فلأَن لا يتوقف إلى تنفيذ منفِّذٍ تصرُّف من هو منهي عنه وهو غير مالك لما تصرف فيه بالطريق الأَوْلَى.

وكذلك لو باع مال الغير ثم اشترى من المالك أو ورثته يبطل بيعُه ولا ينفذ، فإذا لم يجز أن ينفذ هذا العقد من جهة العاقد باعتبار ملكه وعقده، فلأَن لا ينفذ من جهة غيره بإجارته أَوْلَى.

قلتُ: الكلام هو في الانعقاد بأن تصرف الفضولي هل ينعقد، أم لا ينعقد، أم يقع لغوًا؟ فعند الخصم يقع لغوًا، وعندنا يقع منعقدًا غير نافذ حكمُه، فبيعُ الآبق والمبيع قبل القبض

الْمُشْتَرِي فَثَبَتَ لِلْقُدْرَةِ الشَّرْعِيَّةِ تَحْصِيلًا لِهَذِهِ الوُجُوهِ، كَيفَ وَإِنَّ الإِذْنَ ثَابِتٌ دَلَالَةً لِأَنَّ العَاقِلَ يَأْذَنُ فِي التَّصَرُّفِ النَّافِعِ.

قَالَ: (وَلَهُ الإِجَازَةُ إِذَا كَانَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ بَاقِيًا وَالمُتَعَاقِدَانِ بِحَالِهِمَا) لِأَنَّ الإِجَازَةَ

كذلك ينعقد ولا يقع لغوًا، ولكن يقع انعقادُه فاسدًا للنهي أو لانعدام شرط الصحة، وهو قدرة العاقد على تسليم المعقود عليه بيده، فكان ذلك طردًا حينئذٍ لا نقضًا لما قلنا، وفائدة تصرُّفهما في ملكهما في موضعين أثرت ثبوت الملك عند اتصال قبض المشتري، بخلاف بيع الفضوليّ، فإن المشتري منه لا يملك ما اشتراه وإن اتصل قبضه به ما لم يُجز المالكُ بيعَه، فكانت صفة الأولويَّة في تصرف المالك معمولةً، بخلاف ما زعم الخصم.

وأما ما ذكره: أنه لو باع مال الغير ثم اشترى من المالك يبطل بيعه، قلنا: إنما كان كذلك؛ لأن حكم ذلك السبب لا يمكن إثباته باعتبار الملك الحادث، فحكم السبب ثبوت الملك للمشتري من وقت العقد، وإنما يتأتى ذلك باعتبار ملك من كان مالكًا وقت العقد، وقد زال ذلك الملكُ بإزالته، فلو نفذ باعتبار الملك الحادث نفذ مقصورًا على الحال، وحكم السبب ليس هذا، وأمَّا عند الإجارة فيثبت الملك للمشتري من وقت العقد، ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة، وهذا هو تأويل النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان أن المراد به إذا باعه ثم اشتراه وأراد تسليمه بحكم ذلك العقد بدليل قصَّة الحديث، فإن حكيم بن حزام رضي الله تعالى عنه قال: يا رسول الله! إن الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعةً ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فاشتريها فأسلمُها، فقال صلَّى الله عليه وسلم: «لا تبع ما ليس عندك»، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَهُ الإِجَازَةُ - أي: وللمالك الإجارة - إِذَا كَانَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ بَاقِيًا وَالمُتَعَاقِدَانِ بِحَالِهِمَا، ثم اعلم أن بقاء الفضوليّ إنما يشترط لصحة الإجازة في البيع لا في النكاح، ألا ترى أن رجلًا لو زوج ابنته الصغيرة من رجل غائب ثم مات الأب، وبلغ الزوج النكاح فأجاز ذلك فهو جائزٌ، وهذا نصٌّ أن موت الأب لا يبطل نكاح الصغيرة.

وقال في متفرقات نكاح «المحيط»: رجل زوج ابنته الصغيرة من ابن كبيرٍ لرجل بغير

تَصَرُّفٌ فِي العَقْدِ فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِهِ وَذَلِكَ بِقِيَامِ العَاقِدَيْنِ وَالمَعْقُودِ عَلَيْهِ. وَإِذَا أَجَازَ

إذنه، خاطب عنه أبوه ثم ماتَ أبو الصغيرة قبل أن يخبر الابن النكاح يبطل النكاح، ولو كان مكان الصغيرة كبيرة زوجها بغير إذنه، والمسألة بحالهما لا يبطل النكاح بموت الأب.

وهذا دليلٌ على أن بقاء الفضولي في باب النكاح ليس بشرط لصحة الإجازة، وفي باب البيع شرط، كذا في «الفصول الأستروشنية».

قوله: هَذَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ دَيْنًا، وأمَّا إذا كان عرضًا متعينًا إنما يصح الإجارة إذا كان ذلك العرض باقيًا، كذا في «الإيضاح».

وحاصل ذلك ما ذكره في «شرح الطحاوي» في بيع الفضولي فقال: فإن بيعه على وجهين: إما أن يبيعه بثمن عين أو بثمن دين، أمَّا إذا باعه بثمن دين كالدراهم، والدنانير، والفلوس، والكيلي، والوزنيّ الموصوف بغير عينه، فإن البيع موقوف على إجازة المالك، وقيام الأربعة شرط للحوق الإجازة البائع، والمشتري، والمالك، والمبيع، وقيام الثمن في يد البائع ليس بشرط، فإن أجاز المالك في حال قيام الأربعة جاز البيع، فيكون الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، ويكون البائع كالوكيل للمجيز، والثمن للمجيز إن كان قائمًا، وإن هلك في يد البائع هلك أمانة، إلى أن قال: هذا إذا باعه بثمن دين، أمَّا إذا باعه بثمن عرض مما يتعين للعقد إذا عيّن فهاهُنا قيام الخمسة شرط للحوق الإجازة، فالأربعة ما ذكرنا، والخامس: قيام ذلك العرض وهو الثمن شرط أيضًا، فإن أجاز المالك عند قيام الخمسة جاز البيع، ويكون الثمن للبائع دون المجيز، وله أن يرجع على البائع بقيمته إن لم يكن له مثل، وإن كان له مثل فله أن يرجع عليه بمثله.

وإنما كان كذلك؛ لأن الثمن إذا كان عرضًا صار البائع مشتريًا من وجه، والشراء لا يتوقف على الإجازة إذا وجد نفاذًا على العاقد، وهاهُنا وجد النفاذ على العاقد؛ لأن العاقد من أهله غير أنه صار ناقدًا مال غيره بغير إذنه في عقد عقده لنفسه، فإذا أجاز مالكه صار مجيزًا للنقد لا للعقد، ولا كذلك إذا كان الثمن دينًا؛ لأنه يكون بائعًا من كل وجه، ولا يكون مشتريًا من وجه، فإذا أجازه صاحبه كان مجيزًا للعقد فكان بدله له.

الْمَالِكُ كَانَ الثَّمَنُ مَمْلُوكًا لَهُ أَمَانَةً فِي يَدِهِ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ؛ لِأَنَّ الْإِجَازَةَ اللَّاحِقَةَ بِمَنْزِلَةِ الْوَكَالَةِ السَّابِقَةِ، وَلِلْفُضُولِيِّ أَنْ يَفْسَخَ قَبْلَ الْإِجَازَةِ دَفْعًا لِلْحُقُوقِ عَنْ نَفْسِهِ، بِخِلَافِ الْفُضُولِيِّ فِي النِّكَاحِ لِأَنَّهُ مُعَبِّرٌ مَحْضٌ، هَذَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ دَيْنًا، فَإِنْ كَانَ

قوله: فِي يَدِهِ، أي: في يد الفضولي.

قوله: لِأَنَّ الْإِجَازَةَ اللَّاحِقَةَ بِمَنْزِلَةِ الْوَكَالَةِ السَّابِقَةِ، من حيث أن كل واحدة منهما يثبت الحكم، أو من حيث أن كل واحدة منهما دافعة للمانع.

فإن قيل: لا نسلم أن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، ألا ترى أن الفضولي إذا باع ملك الغير، والمشتري من الفضولي باع من غيره، ثم أجاز المالك بيع الفضولي لا ينفذ بيع المشتري من الفضولي.

قلنا: الملك الموقوف إذا طرأ عليه الملك البات أبطل الموقوف، وهاهُنا ملك المشتري من الفضولي يكون باتًا بإجازة المالك، فيبطل ملك الشخص الذي اشتراه من مشتري الفضولي، كما إذا تزوَّجت أمة الغير بدون إذن المالك ثم مات المالك فأجاز وارثه النكاح لا يجوز؛ لما قلنا أن الملك البات إذا طرأ على ملك موقوف أبطله على ما يجيء إن شاء الله تعالى.

قوله: وَلِلْفُضُولِيِّ أَنْ يَفْسَخَ قَبْلَ الْإِجَازَةِ، إلى أن قال: بِخِلَافِ الْفُضُولِيِّ فِي النِّكَاحِ، أي: لا يجوز للفضولي أن يفسخه قبل إجازة الموقوف له أو فسخه.

قلتُ: هذا إذا كان الفسخ بالقول، أمَّا إذا كان الفسخ بالفعل فإن الفضولي يملكه، حتى لو قال الفضولي قبل الإجازة: نقضتُ ذلك النكاح، لا ينتقض، أمَّا لو زوج رجلًا امرأة برضاها فقبل إجازة الزوج زوَّجه أختها كان نقضًا للنكاح الأول، كذا ذكره في «الفصول الأستروشنية».

وذكر بعد هذا بالتوقف في الفعل أيضًا، أمَّا لو وكل الموقوف له النكاحُ هذا الفضوليّ بتزويج امرأة بغير عينها فإنه يملك فسخَ النكاح بالفعل في جميع الروايات على ما يجيء.

عَرَضًا مُعَيَّنًا إِنَّمَا تَصِحُّ الإِجَازَةُ إِذَا كَانَ العَرَضُ بَاقِيًا أَيْضًا، ثُمَّ الإِجَازَةُ إِجَازَةُ نَقْدٍ

وأصل هذا ما ذكره في «شرح الطحاوي»: وهو أن الفضولي الذي باع ملك الغير بغير إذنه كان له أن يفسخ؛ لأن حقوق العقد يتصرف إليه فله أن يتحرّز عن التزام العهدة، وكذلك للمشتري أن يفسخه فيفسخ بفسخه، وأمَّا في باب النكاح لو أن فضوليًّا خاطب امرأة لرجل بغير أمره، فزوجت المرأة نفسها من ذلك الرجل فإن النكاح موقوف على إجازته، فإن فسخ هذا الفضوليُّ النكاح قبل الإجازة ففسخه باطل؛ لأن حقوق العقد لا تنصرف إليه وهو فيه معبِّر، فإذا عبَّر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الأجنبي، ولو فسخت المرأة النكاح قبل الإجازة انفسخ.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله في نكاح «فتاواه»: رجل زوَّج رجلًا امرأة بغير إذنه لم يكن لهذا العاقد أن يفسخ العقدَ في قول محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله آخرًا: له أن يفسخ العقد، قال: العاقدون في الفسخ أربعة:

(١) عاقد لا يملك الفسخ قولًا وفعلًا وهو الفضولي، حتى لو زوج رجلًا امرأةً بغير إذنه ثم قال قبل إجازته: فسختُ، لا ينفسخ، وكذا لو زوَّج منه أخت تلك المرأة يتوقف الثاني أيضًا.

(٢) وعاقد يملك الفسخ قولًا لا فعلًا، وهو الوكيل بنكاح امرأة بعينها إذا خاطب عنها فضوليّ، فإن هذا الوكيل يملك الفسخ بالقول، ولو زوَّجه أخت تلك المرأة لا ينفسخ العقد الأول.

(٣) وعاقد يملك الفسخ فعلًا لا قولًا، وهو الفضوليّ إذا زوَّج رجلًا امرأة بغير إذنه، ثم إن الزوج وكَّله بأن يزوجه امرأة بغير عينها، فزوَّجه أخت تلك المرأة ينفسخ نكاح الأولى، ولو فسخ ذلك العقد بالقول لا ينفسخ.

(٤) وعاقد يملك الفسخ قولًا وفعلًا، وهو الوكيل بتزويج امرأة بغير عينها، إذا زوَّجه امرأةً خاطب عنها فضوليّ، فإن فسخ الوكيل هذا النكاح يصح فسخه، ولو زوَّجه أخت تلك المرأة ينفسخ العقد الأول، كذا في «الفصول الأستروشنية».

قوله: ثُمَّ الإِجَازَةُ إِجَازَةُ نَقْدٍ لا إِجَازَةُ عَقْدٍ، أي: الإجازة في هذه الصورة وهي: ما إذا كان ثمن المبيع عرضًا معينًا كانت الإجازة من المالك إجازة أن ينقد الثمن من مال المالك،

لا إِجَازَةُ عَقْدٍ حَتَّى يَكُونَ العَرْضُ الثَّمَنُ مَمْلُوكًا لِلْفُضُولِيِّ، وَعَلَيْهِ مِثْلُ المَبِيعِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا؛ لِأَنَّهُ شِرَاءٌ مِنْ وَجْهٍ، وَالشِّرَاءُ لا يَتَوَقَّفُ

لا إجازةَ عقدٍ موقوف، فإن العقد في هذه الصورة وقع لازمًا على الفضولي، ونافذًا من غير إجازة المالك، فلا يحتاج حينئذٍ توقف العقد إلى إجازة المالك.

وذلك لما ذكرنا من «شرح الطحاوي»: أن الثمن إذا كان عرضًا كان الفضولي ببيع مال الغير مشتريًا للعرض من وجه، والشراء لا يتوقف إذا وجد نفاذًا، ثم لمَّا أجاز المالك البيع في هذه الصورة كان مقرضًا ملكه للفضولي، وكان الفضولي مستقرضًا في ضمن الشراء فصحَّ ذلك حكمًا لصحة الشراء، فحصل من هذا أن بيع المقايضة لما كان شراءً من وجه وقع لازمًا على الفضولي من غير توقف على إجازة المالك؛ لأن الشراء لا يتوقف، وإنما يتوقف النقد إلى إذن المالك لينقد الفضولي الثمن الذي هو العرض من مال المالك لا العقد، بخلاف ما إذا كان الثمن دينًا بأن كان من الدراهم أو الدنانير كان العقد موقوفًا هناك إلى إذن المالك لا النقد.

وثمرةُ الفرق بينهما إنما يظهر في ثبوت الملك في الثمن، فإنه إذا كان دينًا كان ملكًا للمالك، فيأخذه المالك من يد البائع الذي هو الفضوليّ، وأمَّا إذا كان عرضًا كان ملكًا للفضوليّ.

ثم يضمن الفضولي للمالك مثل ذلك العرض إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا، كالمكيلات والموزونات، ويضمن قِيمَتُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا.

فإن قيل: لو كان بيع المقايضة شراءً من وجه لما ملكه الوكيل بالبيع؛ لما أن الوكيل بالبيع لا يكون وكيلًا بالشراء؛ لأنه ضدُّه وهو يملك ذلك، ألا ترى أنه إذا وكله ببيع العبد فباع العبدَ بالجارية يصح، خصوصًا على قول أبي حنيفة رحمه الله على ما يجيء في موضعه إن شاء الله.

قلنا: جوابه هناك أيضًا، فإن أبا حنيفة رحمه الله يعتبر إطلاق لفظ الوكالة في غير موضع التهمة، والوكالةُ بالبيع بإطلاقها يتناول البيع بالدين وبالعين، كما يتناول البيعَ بالقليل والكثير، فلذلك يجري على إطلاقه.

قوله: وَالشِّرَاءُ لا يَتَوَقَّفُ، أي: ينفذ على المشتري، وهذا إذا لم يضف الشراء إلى آخر،

عَلَى الإِجَازَةِ. (وَلَوْ هَلَكَ المَالِكُ) لا يَنْفُذُ بِإِجَازَةِ الوَارِثِ

ووجد الشراء النفاذَ، ولم يسبق التوكيل من آخر، فأمَّا إذا كان الأمرُ بخلاف هذه الأشياء الثلاثة فالشراء يتوقف أو ينفذ على الموكل، فإنه ذكر في «شرح الطحاوي»: إذا اشترى الرجل لرجل شيئًا بغير أمره كان ما اشترى لنفسه، أجاز الذي اشتراه له، أو لم يجزه؛ وهذا لما ذكرنا أن الشراء إذا وجد نفاذًا على العاقد فإنه لا يتوقف، ولو لم يجد النفاذ على العاقد فإنه يتوقف على إجازة من اشترى له، كالصبي المحجور، والعبد المحجور إذا اشتريا لغيرهما، فإنه يتوقف على الإجازة، فإن أجازه جاز، وينصرف عهدته إليه دون العاقد.

وهذا إذا أضاف العقد إلى نفسه، وأمَّا إذا أضاف العقد إلى الذي اشتراه له نحو أن يقول للبائع: بع عبدك من فلان بكذا، فقال الآخر: بعتُ، وقبل المشتري هذا البيع منه لأجل فلان، أو يقول البائع: بعتُ هذا العبد من فلان بكذا، وقبل الآخر لأجل فلان فإنه يتوقف إلى إجازة ذلك الرجل.

وأمَّا إذا قال المشتري: اشتريتُ هذا العبد منك بكذا لأجل فلانٍ، فقال البائع: بعتُ، أو قال البائع: بعتُ منك هذا العبد بكذا لأجل فلان، وقال المشتري: اشتريتُ نفذ الشراء على نفسه ولا يتوقف، هذا إذا لم يسبق من فلان التوكيلُ والأمر، ولو سبق من فلان التوكيلُ والأمرُ فاشترى الوكيل نفذ على الموكل، وإن أضاف الوكيل الشراء إلى نفسه وينصرفُ إليه العهدة إن كان من أهل الشراء لنفسه، وإن لم يكن من أهل الشراء لنفسه ينصرف عهدته إلى الموكل، إلى هذا من «شرح الطحاوي».

فحصل بمجموع هذا أن قوله: وَالشِّرَاءُ لا يَتَوَقَّفُ، يحتاج إلى قيود ثلاثة:

أحدها: أنه إذا وجد الشراء نفاذًا، وأمَّا إذا لم يجد فيتوقف.

والثاني: أنه إذا لم يضف العقد من الطرفين من طرف البائع والمشتري إلى آخر، وأمَّا إذا أضافا إلى آخر فيتوقف.

والثالث: إذا لم يسبق التوكيل من آخر في حق المشتري، وأمَّا إذا سبق فالشراء ينفذ على الموكل لا على المشتري.

فِي الفَصْلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ المُوَرِّثِ لِنَفْسِهِ فَلَا يَجُوزُ بِإِجَازَةِ غَيْرِهِ، وَلَوْ أَجَازَ المَالِكُ فِي حَيَاتِهِ وَلا يَعْلَمُ حَالَ المَبِيعِ جَازَ البَيْعُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَوَّلًا، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ الأَصْلَ بَقَاؤُهُ، ثُمَّ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَ: لا يَصِحُّ حَتَّى يَعْلَمَ قِيَامَهُ عِنْدَ الإِجَازَةِ؛ لِأَنَّ الشَّكَّ وَقَعَ فِي شَرْطِ الإِجَازَةِ فَلَا يَثْبُتُ مَعَ الشَّكِّ.

قوله: فِي الفَصْلَيْنِ، أي فيما إذا كان الثمن دينًا أو عرضًا فلا يجوز بإجازة غيره.

فإن قيل: يشكل هذا بما إذا تزوجت أمة لرجل وطئها مولاها فماتَ مولاها قبل الإجازة وورثها ابنها، يتوقف النكاح إلى إجازة الوارث وهو الابن حتى لو أجاز الابن صح النكاح، وإلا فلا، والأمة أيضًا في نكاحها هذا فضوليَّة ومع ذلك توقف إلى إجازة الوارث.

قلنا: عدمُ توقف تصرف الفضولي إلى إجازة الوارث لمعنى أنه مِلك باتٌّ، أو حل باتٌّ طرأ على ملك موقوف، أو حلٌّ موقوف يبطله، وأمَّا إذا لم يطرأ حل أو ملك عليه لا يُبطله بل يتوقف إلى إجازة الوارث؛ لأن المعنى من توقفه إلى إجازة المورث كان لدفع الضرر عنه، وفي هذا قام الوارث مقامه فيتوقف إلى إجازة الوارث أيضًا لدفع الضرر عن الوارث، وهاهُنا لم يطرأ الحل الباتُّ على الحل الموقوف؛ لأن الأمة لا يحل للابن وطئها، حتى أنه لو حل له وطئها بأن لم يطأها أبوه يبطل النكاح أيضًا، ولم يتوقف لورود الحل البات على الحل الموقوف.

ولو صورت المشتري مقام الوارث فالحكم فيه كذلك أيضًا على التفصيل، إن كان المشتري ممَّن يحل له وطئها يبطل نكاحها، وإلا يتوقف إلى إجازته، إلى هذا أشار في «الفصول الأستروشنية» محالًا إلى باب نكاح مخاطبة الجامع.

قوله: لِأَنَّ الشَّكَّ وَقَعَ فِي شَرْطِ الإِجَازَةِ فَلَا يَثْبُتُ مَعَ الشَّكِّ، فإن قيل: الشك هو ما استوى طرفاه وهاهُنا طرف البقاء راجح؛ لأن الأصل في كل موجود بقاؤه ما لم يتيقن بالمزيل، وهاهُنا لم يتيقن بالمزيل فكان باقيًا عملًا بالأصل.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ وَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَجَازَ الْمَوْلَى الْبَيْعَ فَالعِتْقُ جَائِزٌ) اسْتِحْسَانًا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُمُ اللهُ -: لا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لا عِتْقَ بِدُونِ المِلْكِ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «لا عِتْقَ فِيمَا لا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ» وَالمَوْقُوفُ لا يُفِيدُ المِلْكَ، وَلَوْ ثَبَتَ فِي الآخِرَةِ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا وَهُوَ

قلنا: ذاك الذي قلته عمل باستصحاب الحال وهو يصلح حجة للدفع لا للإثبات، وهنا محتاج إلى نفاذ البيع، وثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح الاستصحاب حجةً فيه، فكان هذا نظير استحقاق الشفعة بظاهر الملك للشفيع بما في يده عند إنكار المشتري ملكه، حيث لا يكتفى به في حق استحقاق الشفعة ما لم يقم البينة على أن ما في يده ملكُه في الحال، مع أن الأصل هو أن يكون الأملاك في يد المُلاك؛ لما أن الشفيع محتاج إلى إثبات الملك الجديد فيما يطالبُه بالشفعة، فاستصحابُ الحال منه لا يكون حجة على أن الذي في يده ملكه عملًا بالأصل، بل يحتاج إلى دليل موجب للملك في الحال يقينًا، ولمَّا لم يقم البينة على ذلك كان شكًّا في إثبات الملك بهذا الطريق، فكذلك هاهُنا.

قوله: وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا، إلى آخره، وهذه هي المسألة الثانية التي جرت فيها المحاورة بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب، فإن أبا يوسف رحمه الله قال: ما رويتُ لك عن أبي حنيفة رحمه الله أن العتق جائز، وإنما رويتُ أن العتق باطل، وقال محمد رحمه الله: بل رويتَ لي أن العتق جائز، ثم ما ذكره محمد رحمه الله قياس، فوجه القياس أن هذا العقدَ توقف نفوذه على إجازة مالك ظاهر الملك وهو المغصوب منه، فلا يجوز أن ينفذ من جهة من يحدث له الملك كالمشتري بشرط الخيار للبائع إذا أعتقه ثم أسقط البائع خياره، كذا ذكره الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصغير».

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ لا عِتْقَ بِدُونِ المِلْكِ، إلى أن قال: وَكَذَا لا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُشْتَرِي مِنَ الغَاصِبِ، فمحمد قاسَ الإعتاق بالبيع، يعني: أن رجلًا لو اشترى العبدَ من الغاصب فباعه من آخر، ثم أدى الغاصب الضمان، أو أجاز المالكُ لا يجوز بيع المشتري من الغاصب فكذا لا يجوز إعتاق الغاصب، مع أن المبيع أقل احتياجًا إلى الملك

ثَابِتٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ، وَالمُصَحِّحُ لِلْإِعْتَاقِ المِلْكُ الكَامِلُ لِمَا رَوَيْنَا، وَلِهَذَا لا يَصِحُّ أَنْ يُعْتِقَ الغَاصِبُ ثُمَّ يُؤَدِّيَ الضَّمَانَ،

في النفوذ من العتق؛ لأن الغاصب إذا باع ثم أجاز المالك يصح البيع، أمَّا إذا أعتق ثم أجاز المالكُ لا يصح الإعتاق.

وقال الإمام قاضي خان رحمه الله: وحاصل الخلاف راجع إلى أن عند محمد رحمه الله بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم لانعدام الولاية، فكان الإعتاق حاصلًا في ملك الغير فيبطل، كما لو باعه المشتري الأوَّل، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله بيع الفضولي أوجب الملك على وجه التوقف؛ لأن الأصل في البيع المنعقد تعجيل الحكم، والتراخي إلى وقت الإجارة لدفع الضرر عن المالك، والضرر في النفاذ لا في ثبوت الملك على وجه لا يظهر أثره في التصرفات الضارَّة، فإعتاق المشتري صادفَ ملكًا موقوفًا فيتوقف، وإنما لا ينفذ البيع الثاني لأن المولى إذا أجاز البيع الأول يثبت الملكُ للمشتري الأول على وجه الثبات، وطروء الملك البات يبطل الملك الموقوف وهذا لا يوجد في الإعتاق، فينفذ إعتاقُ المشتري وتكون الولاء له.

قوله: وَالمُصَحِّحُ لِلْإِعْتَاقِ المِلْكُ الكَامِلُ، فإن قيل: لا نسلم أن الملك الكامل شرط لصحة الإعتاق، بل الملك الناقص يكفي لصحة الإعتاق، ألا ترى أنه لو أعتق المكاتبَ يصح، والملك في المكاتب ناقصٌ بدليل حرمة وطء المكاتبة، بخلاف المدبرة فإن الملك فيها كامل والرق ناقص، وفي المكاتبة على العكس.

قلنا: نعم كذلك إلا أن الكتابة ينفسخ في ضمن الإعتاق؛ لما أن عقد الكتابة غير لازم في جانب العبد، وإنه لمَّا رضي بالإعتاق بالبدل كان أرضى للإعتاق بدون البدل.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلم: «لا عتق فيما لا يملكه ابنُ آدم».

قوله: وَلِهَذَا لا يَصِحُّ أَنْ يُعْتِقَ الغَاصِبُ ثُمَّ يُؤَدِّيَ الضَّمَانَ، يعني: أن الغاصب لو أعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه، مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري هاهُنا، حتى ينفذ بيعُه لو باعه هناك، ولا ينفذ بيع المشتري هاهُنا لو كان باعه، ثم

وَلا أَنْ يُعْتِقَ الْمُشْتَرِي وَالخِيَارُ لِلْبَائِعِ ثُمَّ يُجِيزُ الْبَائِعُ ذَلِكَ، وَكَذَا لا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُشْتَرِي مِنَ الغَاصِبِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ مَعَ أَنَّهُ أَسْرَعُ نَفَاذًا حَتَّى نَفَذَ مِنَ الغَاصِبِ إِذَا أَدَّى الضَّمَانَ، وَكَذَا لا يَصِحُّ إِعْتَاقُ الْمُشْتَرِي مِنَ الغَاصِبِ إِذَا أَدَّى الغَاصِبُ الضَّمَانَ. وَلَهُمَا أَنَّ المِلْكَ ثَبَتَ مَوْقُوفًا بِتَصَرُّفٍ مُطْلَقٍ مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ المِلْكِ، وَلا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى مَا مَرَّ فَتَوَقَّفَ الإِعْتَاقُ مُرَتَّبًا عَلَيْهِ وَيَنْفُذُ بِنَفَاذِهِ،

هناك لم ينفذ عتقه فهاهُنا أَوْلَى، ثم هاهُنا لمَّا لم ينفذ إعتاق الغاصب مع أدائه الضمان إلى المالك فإعتاقُ من يتلقى الملكَ من جانبه وهو إعتاق المشتري من الغاصب أن لا ينفذ أَوْلَى.

قوله: وَلا أَنْ يُعْتِقَ الْمُشْتَرِي وَالخِيَارُ لِلْبَائِعِ ثُمَّ يُجِيزُ الْبَائِعُ ذَلِكَ، أي: لا ينفذ إعتاقه فهاهُنا أَوْلَى أن لا ينفذ؛ وذلك لأن البيع بشرط الخيار أقوى من البيع الموقوف فإنه متفق على جوازه.

قوله: وَكَذَا لا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُشْتَرِي مِنَ الغَاصِبِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ، أي: المشتري من الغاصب إذا باع من الغير ثم أجاز المالكُ البيعَ الأول لا يصح هذا البيع الثانِي، فكذلك إذا أعتق ينبغي أن يكون كذلك.

قوله: مَعَ أَنَّهُ أَسْرَعُ نَفَاذًا، أي: مع أن البيع أسرع نفاذًا من العتق، ألا ترى أن الغاصب إذا باع ثم ضمن نفذ بيعُه، ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه، والكاتب بملك مثله يملك البيع لنفسه ولا يملك الإعتاق، ولمَّا لم ينفذ بيعُ المشتري من الغاصب من آخر عند الإجازة مع شرعة نفوذ البيع لما قلنا؛ فلأَن لا ينفذ إعتاق المشتري من الغاصب مع بطؤ نفوذه عند الإجازة بالطريق الأَوْلَى.

قوله: حَتَّى نَفَذَ مِنَ الغَاصِبِ، أي: البيع.

وقوله: بِتَصَرُّفٍ مُطْلَقٍ - احتراز عن البيع بشرط الخيار - مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ المِلْكِ، احتراز عن الغصب؛ لأن الغصب ليس بموضوع لإفادة الملك.

فَصَارَ كَإِعْتَاقِ الْمُشْتَرِي مِنَ الرَّاهِنِ وَكَإِعْتَاقِ الْوَارِثِ عَبْدًا مِنَ التَّرِكَةِ وَهِيَ مُسْتَغْرِقَةٌ بِالدُّيُونِ يَصِحُّ، وَيَنْفُذُ إِذَا قَضَى الدُّيُونَ بَعْدَ ذَلِكَ، بِخِلَافِ إِعْتَاقِ الْغَاصِبِ بِنَفْسِهِ لِأَنَّ الْغَصْبَ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ الْمِلْكِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي الْبَيْعِ خِيَارُ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُطْلَقٍ، وَقِرَانُ الشَّرْطِ بِهِ يَمْنَعُ انْعِقَادَهُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ أَصْلًا،

قوله: فَصَارَ كَإِعْتَاقِ الْمُشْتَرِي مِنَ الرَّاهِنِ، والجامعُ إعتاق في بيع موقوف، وهنا كذلك.

قوله: بِخِلَافِ إِعْتَاقِ الْغَاصِبِ بِنَفْسِهِ، يعني: أن الغاصب لو أعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه، وعلَّل فقال: لِأَنَّ الْغَصْبَ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ الْمِلْكِ، وبهذا التعليل لا يتم ما ادَّعاه فإنه يرد عليه أن يقال: ولمَّا كان الغصب لم يوضع لإفادة الملك يجب أن لا ينفذ بيعُه أيضًا عند إجازة المالك، كما لا ينفذ عتقه عند إجازة المالك؛ لما أن كلًّا من جواز البيع وجواز العتق محتاجٌ إلى الملك، والملك هنا بالإجازة، ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في «المبسوط» وقال: وهذا بخلاف الغاصب إذا أعتق ثم ضمن القيمة؛ لأن المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة، وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه، وهاهُنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك، ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة.

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي الْبَيْعِ خِيَارُ الْبَائِعِ، فإن السبب هناك غير تام، فإن قوله: على أنِّي بالخيار مقرون بالعقد نصًا، وقرانُ العقد بالشرط يمنع كونه سببًا قبل وجود الشرط فينعقد به أصل العقد، ولكن يكون في حق الحكم كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبله، ألا ترى أنه لو قال: إذا جاء غدٌ فللّٰه عليَّ أن أتصدق بدرهم، فتصدق به اليوم فإنه لا يجوز، بخلاف ما لو قال: لله عليَّ أن أتصدق بدرهم غدًا، فتصدَّق به اليوم يجوز، فعرفنا أن التوقف لا يمنع تمام السبب والتعليق بالشرط يمنع منه.

قوله: وَقِرَانُ الشَّرْطِ بِهِ، أي: بالبيع.

وَبِخِلَافِ بَيْعِ الْمُشْتَرِي مِنَ الغَاصِبِ إِذَا بَاعَ لِأَنَّ بِالإِجَازَةِ يَثْبُتُ لِلْبَائِعِ مِلْكٌ بَاتٌّ، فَإِذَا طَرَأَ عَلَى مِلْكٍ مَوْقُوفٍ لِغَيْرِهِ أَبْطَلَهُ، وَأَمَّا إِذَا أَدَّى الغَاصِبُ الضَّمَانَ يَنْفُذُ إِعْتَاقُ

قوله: وَبِخِلَافِ بَيْعِ الْمُشْتَرِي مِنَ الغَاصِبِ إِذَا بَاعَ؛ لِأَنَّ بِالإِجَازَةِ يَثْبُتُ لِلْبَائِعِ - وهو المشتري من الغاصب - مِلْكٌ بَاتٌّ، وطروء الملك البات على الملك الموقوف يبطله، وهذا المعنى فقهيّ وهو أنه لا يتصور اجتماعهما، أعني: الملك البات والملك الموقوف في محل واحد، والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الإجازة، وكذلك لو وهبه مولاه للغاصب، أو تصدق به عليه، أو ماتَ فورثه منه، فهذا كله مبطل للملك الموقوف لطروّ الملك النافذ في المحل، كذا في «المبسوط».

فإن قيل: يشكل على هذا الأصل ما إذا باع الغاصب ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزًا، وإن طرأ الملكُ الذي ثبت للغاصب بأداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف.

قلنا: إن ثبوت الملك للغاصب بأداء الضمان ملك ضروريّ؛ لأن الملك ثبتَ له ضرورة وجوب الضمان عليه فلم يظهر في حق إبطال ملك المشتري.

فإن قيل: لمَّا كان طروّ الملك الباتّ يبطل الملكَ الموقوف بعد الثبوت فأَوْلَى أن يمنعه؛ لأن المنع أسهلُ من الدفع وفي الإبطال دفع للثابت، فعلى هذا يجب أن لا ينتفع بيع الفضولي؛ لأن للمالك ملكًا باتًّا فيجب أن يمنع بيعَ الفضولي عن الانعقاد بالطريق الأَوْلَى.

قلنا: البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي، والمنعُ إنما يكون بعد الوجود، أمَّا المالك إذا أجاز بيع الفضولي ثبتَ للمشتري ملكٌ بات فأبطل الموقوف؛ لما ذكرنا من «المبسوط»: أن الملك البات والموقوف لا يتصور اجتماعهما في محلٍّ واحدٍ.

قوله: وَأَمَّا إِذَا أَدَّى الغَاصِبُ الضَّمَانَ يَنْفُذُ إِعْتَاقُ الْمُشْتَرِي مِنْهُ، فكان هذا منعًا لما ذكره محمد رحمه الله بقوله: وَكَذَا لا يَصِحُّ إِعْتَاقُ الْمُشْتَرِي مِنَ الغَاصِبِ إِذَا أَدَّى الغَاصِبُ الضَّمَانَ.

الْمُشْتَرِي مِنْهُ، كَذَا ذَكَرَهُ هِلَالٌ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ الأَصَحُّ.

قَالَ: (فَإِنْ قُطِعَتْ يَدُ العَبْدِ فَأَخَذَ أَرْشَهَا ثُمَّ أَجَازَ المَوْلَى البَيْعَ فَالأَرْشُ لِلْمُشْتَرِي)

والمنع هو الأصح، ولئن سلمنا أنه لا ينفذ إنما لا ينفذ؛ لأنه لا ينفذ العتق من الغاصب، فأوْلَى أن لا ينفذ عليه، أمَّا هاهُنا ينفذ العتق من المالك فكذا ينفذ من المشتري؛ لأنه يتلقى الملك من جهته، وحقيقة الفرق على تقدير التسليم هي ما ذكره في «المبسوط» فقال: وأمَّا إذا أعتقه المشتري ثم نفذ البيع بتضمين الغاصب فالأصح أنه ينفذ العتق أيضًا.

قوله: كَذَا ذَكَرَهُ هِلَالٌ رَحِمَهُ اللهُ، في كتاب الوقف فقال: ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أوْلَى، وبعد التسليم يقول: هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب، وقد بيَّنا أنه لا يستند للغاصب حقيقة الملك فكيف يستند لمن يتملكه من جهته، ولهذا لا ينفذ عتقه، وهاهُنا إنما يستند الملك له إلى وقت العقد من جهة المخبر، والمخبر كان مالكًا حقيقةً فيمكن إثباتُ حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد بالطريق الذي قلنا، فلهذا نفذ عتقه، هذا كله من كتاب الغصب من «المبسوط»، وبيوع «الأسرار» وغيرهما.

قوله: فَإِنْ قُطِعَتْ يَدُ العَبْدِ - أي: في يد المشتري من الغاصب - فَأَخَذَ أَرْشَهَا - أي: وأخذ المشتري أرشها - ثُمَّ أَجَازَ المَالِكُ البَيْعَ فَالأَرْشُ لِلْمُشْتَرِي، وكذلك كل زوائد زيدت في يد المشتري.

وذكر في «المبسوط»: وكل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد، أو كسب، أو أرش جناية وما شابهما فهو للمشتري؛ لأن عقد إجازته ينفذ العقد ويثبت الملك للمشتري من وقت البيع، فإن سبب الملك هو العقد وكان تامًّا في نفسه، ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب منه، فإذا ارتفع ذلك بالإجازة ثبت الملكُ له من وقت السبب؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، فتبيَّن أن الزوائد حدثت على ملكه، فإن لم يسلم البيع وأخذها أخذ جميع ذلك معها؛ لأنه بقي ملكه متقررًا فيها، وإنما يملك الكسب، والأرش، والولد بملك الأصل.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: وإذا صحت الإجازة كان القطع حاصلًا في ملك

لِأَنَّ المِلْكَ قَدْ تَمَّ لَهُ مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ القَطْعَ حَصَلَ عَلَى مِلْكِهِ وَهَذِهِ حُجَّةٌ عَلَى مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -،

المشتري فيكون الأرش له.

ثم قال: وهذا بخلاف ما إذا غصب من آخر عبدًا فقطعت يده وأدى الغاصبُ ضمانه حيث لا يكون الأرش للغاصب، وإن ملك المضمونَ عند أداء الضمان من وقت الغصب؛ لأن الغصب لم يوضع سببًا للملك، وإنما ثبت الملك في المضمون مستندًا لمكان الضرورة على ما عرف، والاستناد لا يظهر في المنفصل، أمَّا البيع سبب موضوع للملك فجاز أن يعمل في المتصل والمنفصل.

قوله: لِأَنَّ المِلْكَ قَدْ تَمَّ لَهُ مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ، فَتَبَيَّنَ - أي بطريق الاستناد - أَنَّ القَطْعَ حَصَلَ عَلَى مِلْكِهِ، أن القطع حصل على ملكه فيكون الأرش للمشتري لذلك.

فإن قيل: يشكل هذا بالفضولي إذا قال لمنكوحة غيره: أمرك بيدك، فطلقت نفسها ثم بلغ الزوج الخبَرُ فأجاز صحَّ التفويض دون التطليق، وإن ثبت المالكية لها من حين التفويض حكمًا للإجازة.

قلنا: في الفرق بينهما أن كل تصرف توقف حكمُه على شيءٍ فالأصل أن يُجعل ذلك التصرف معلقًا بالشرط؛ لأن في جعله سببًا من وقت وجوده تخلّف الحكم عن السبب، إلا أن التصرف الذي لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه تعذر جعلُه معلقًا فاعتبرناه سببًا من وقت وجوده متأخرًا عنه حكمه إلى وقت الإجازة، فعند الإجازة يثبت الملك من وقت العقد، أمَّا التصرف الذي يحتمل التعليق إذا توقف حكمه على شيءٍ فيجعل معلقًا، والتفويض يحتمل التعليق فجعلنا المأخوذ من الفضولي معلقًا بالإجازة، فعند الإجازة يصير الإجازة كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، أي كون الأرش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويزه الإعتاقَ في الملك الموقوف، كما أنه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الأرش عند الإجازة، كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان.

وَالعُذْرُ لَهُ أَنَّ المِلْكَ مِنْ وَجْهٍ يَكْفِي لِاسْتِحْقَاقِ الأَرْشِ كَالمُكَاتَبِ إِذَا قُطِعَتْ يَدُهُ وَأَخَذَ الأَرْشَ ثُمَّ رُدَّ فِي الرِّقِّ يَكُونُ الأَرْشُ لِلْمَوْلَى، فَكَذَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُ المُشْتَرَى فِي يَدِ المُشْتَرِي وَالخِيَارُ لِلْبَائِعِ ثُمَّ أُجِيزَ البَيْعُ فَالأَرْشُ لِلْمُشْتَرِي، بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ عَلَى مَا مَرَّ. (وَيَتَصَدَّقُ بِمَا زَادَ عَلَى نِصْفِ الثَّمَنِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ أَوْ فِيهِ شُبْهَةُ عَدَمِ المِلْكِ.

قَالَ: (فَإِنْ بَاعَهُ المُشْتَرِي مِنْ آخَرَ ثُمَّ أَجَازَ المَوْلَى البَيْعَ الأَوَّلَ لَمْ يَجُزِ البَيْعُ الثَّانِي) لِمَا ذَكَرْنَا،

قوله: وَالعُذْرُ لَهُ، أي: والجواب لمحمد رحمه الله عن هذه الحجة التي ترد عليه.

قوله: بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ - أي: لا ينفذ إعتاق المشتري فيما إذا كان الخيار للبائع - عَلَى مَا مَرَّ، وهو قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي البَيْعِ خِيَارُ البَائِعِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُطْلَقٍ، وَقِرَانُ الشَّرْطِ بِهِ يَمْنَعُ انْعِقَادَهُ.

قوله: وَيَتَصَدَّقُ بِمَا زَادَ عَلَى نِصْفِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ، إلى آخره؛ لأن أرش اليد قام مقام نصف الثمن؛ لأن أرش اليد الواحدة في الحرِّ نصف الدية وفي العبد نصف القيمة، والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن، فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن.

قوله: أَوْ فِيهِ شُبْهَةُ عَدَمِ المِلْكِ؛ لأن الملك يثبت يوم قطع اليد مستندًا إلى وقت البيع، وهو ثابت من وجه دون وجه، وبهاتين النكتتين يخرج الجواب عمَّا لو قيل في البيع الصحيح: إذا قطع لم يجب قيمته بالغة ما بلغت.

قوله: فَإِنْ بَاعَهُ المُشْتَرِي مِنْ آخَرَ، أي: باع المشتري من الغاصب من آخر.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، وهو قوله: لِأَنَّ بِالإِجَازَةِ يَثْبُتُ لِلْبَائِعِ مِلْكٌ بَاتٌّ، إلى آخره.

وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرَ الِانْفِسَاخِ عَلَى اعْتِبَارِ عَدَمِ الإِجَازَةِ فِي البَيْعِ الأَوَّلِ وَالبَيْعُ يَفْسُدُ بِهِ، بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ لا يُؤَثِّرُ فِيهِ الغَرَرُ.

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَبِعْهُ المُشْتَرِي فَمَاتَ فِي يَدِهِ أَوْ قُتِلَ ثُمَّ أَجَازَ البَيْعَ لَمْ يَجُزْ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الإِجَازَةَ مِنْ شُرُوطِهَا قِيَامُ المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَاتَ بِالمَوْتِ وَكَذَا بِالقَتْلِ، إِذْ لا يُمْكِنُ إِيجَابُ البَدَلِ لِلْمُشْتَرِي بِالقَتْلِ حَتَّى يُعَدَّ بَاقِيًا بِبَقَاءِ البَدَلِ لِأَنَّهُ لا مِلْكَ لِلْمُشْتَرِي عِنْدَ القَتْلِ مِلْكًا يُقَابَلُ بِالبَدَلِ فَتَحَقَّقَ الفَوَاتُ، بِخِلَافِ البَيْعِ الصَّحِيحِ لِأَنَّ مِلْكَ المُشْتَرِي ثَابِتٌ فَأَمْكَنَ إِيجَابُ البَدَلِ لَهُ فَيَكُونُ المَبِيعُ قَائِمًا بِقِيَامِ خَلَفِهِ.

قوله: وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرَ الِانْفِسَاخِ عَلَى اعْتِبَارِ عَدَمِ الإِجَازَةِ فِي البَيْعِ الأَوَّلِ، فإن قيل: هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضًا؛ لأنه يحتمل أن يجيز المالك بيعَهما أو لا يجيز، ومع ذلك انعقد بيع الفضولي والغاصب موقوفًا.

قلنا: صح بيع الفضولي موقوفًا؛ لما ذكرنا من التعليل بأنه: لا ضَرَرَ فِيهِ لِلْمَالِكِ مَعَ تَخْيِيرِهِ، بَلْ فِيهِ نَفْعُهُ حَيْثُ يَكْفِي مُؤْنَةُ طَلَبِ المُشْتَرِي، إلى آخره، فلمَّا كان فيه نوع نفع للمالك رجَّحنا جانب نفعه على جانب غرر الانفساخ فقلنا: ينعقد موقوفًا، ومثل هذا النفع لا يوجد في البيع الثاني؛ لأنه لم يملك المشتري الأول حتى يطلبَ مشتريًا آخر فتجرد البيع الثاني عرضةً لغرر الانفساخ، فلم ينعقد ذلك؛ لأنا لو اعتبرنا نفسَ غرر الانفساخ من غير اعتبار لما فيه من النفع يلزم أن لا يصح بيع أصلًا خصوصًا في المنقولات؛ لأنه يحتمل أن ينفسخ البيع بعد انعقاده بأن يهلك قبل القبض، وذلك متروك إجماعًا، فيجب أن يعتبر غرر الانفساخ الذي فيه نفع وذلك في البيع الثاني، فلذلك اعتُبر فيه دون غيره، بخلاف الإعتاق عندهما؛ لأنه لا يؤثّر فيه الغرر، ألا ترى أن البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ، والإعتاقُ قبل القبض يصح.

قوله: فَيَكُونُ المَبِيعُ قَائِمًا بِقِيَامِ خَلَفِهِ، يعني: إذا قتل المبيعُ في يد البائع كان البيع باقيًا

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ وَأَقَامَ المُشْتَرِي البَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِ البَائِعِ أَوْ رَبِّ العَبْدِ أَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِالبَيْعِ وَأَرَادَ رَدَّ المَبِيعِ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ) لِلتَّنَاقُضِ فِي الدَّعْوَى، إِذِ الإِقْدَامُ عَلَى الشِّرَاءِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِصِحَّتِهِ، وَالبَيِّنَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى صِحَّةِ الدَّعْوَى. (وَإِنْ أَقَرَّ البَائِعُ بِذَلِكَ عِنْدَ القَاضِي بَطَلَ البَيْعُ) إِنْ طَلَبَ المُشْتَرِي ذَلِكَ، لِأَنَّ التَّنَاقُضَ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ، وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يُسَاعِدَهُ عَلَى ذَلِكَ فَيَتَحَقَّقُ الاتِّفَاقُ بَيْنَهُمَا، فَلِهَذَا شَرَطَ طَلَبَ المُشْتَرِي. قَالَ - رَحِمَهُ اللهُ -: وَذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ المُشْتَرِيَ إِذَا صَدَّقَ

على بدله وهو قيمته، ويخيّر المشتري فيكون البدل للمشتري على تقدير الإجازة.

قوله: لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ؛ لِلتَّنَاقُضِ، وذكر في «الفوائد الظهيرية» شبهة في هذا وهي ما ذكره في الكتاب فقال:

فإن قيل: هذا يشكل بما ذكره محمد رحمه الله في «الزيادات» وهو: رجل اشترى جارية بألف درهم وقبضها ونقد الثمن، ثم أقام البينة على إقرار البائع أن الجارية لفلان هذا، وفلان يدَّعيها قبلت بينته وإن كان متناقضًا، ولا فرق بينهما سوى أن البائع هناك أصيل وهنا وكيل.

قلنا: في مسألة الكتاب قال بعض مشايخنا: ما ذكره محمد رحمه الله هنا محمول على أن المشتري أقام البينة على إقرار البائع قبل البيع، أمَّا إذا أقام بينة على إقرار البائع بعد البيع أن رب العبد لم يأمره بالبيع فتقبل بينته؛ لأن إقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه إقرارَ البائع بعدم الأمر قبل البيع، أمَّا لا يناقض دعواه إقرار البائع بعدم الأمر بعد البيع، قال: ومسألة «الزيادات» يجبُ أن تكون محمولة على هذا أيضًا، فحينئذٍ تقع الغنية عن التفرقة بين المسألتين، ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد أن تأملت فيه برهةً من الدهر.

قوله: وَإِنْ أَقَرَّ البَائِعُ، أي: أقرَّ بعدم أمر رب العبد عند القاضي، وإنما قيَّد به؛ لأن البينة إنما تكون حجة عند القاضي.

قوله: أَنَّ المُشْتَرِيَ إِذَا صَدَّقَ مُدَّعِيَهُ ثُمَّ أَقَامَ البَيِّنَةَ، إلى آخره، أي: ادَّعى رجل

مُدَّعِيَهُ ثُمَّ أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِ البَائِعِ أَنَّهُ لِلْمُسْتَحِقِّ تُقْبَلُ. وَفَرَّقُوا أَنَّ العَبْدَ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ فِي يَدِ المُشْتَرِي. وَفِي تِلْكَ المَسْأَلَةِ فِي يَدِ غَيْرِهِ وَهُوَ المُسْتَحَقُّ، وَشَرْطُ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ أَنْ لا يَكُونُ العَيْنُ سَالِمًا لِلْمُشْتَرِي.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ دَارًا لِرَجُلٍ وَأَدْخَلَهَا المُشْتَرِي فِي بِنَائِهِ لَمْ يَضْمَنَ البَائِعُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - آخِرًا، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا:

على المشتري أن ذلك العبد له وصدَّقه المشتري في ذلك، ثم أقام على البائع البينة أنه أقرَّ أن المبيع للمستحق هذا يقبل، وإن كان دعوى إقرار البائع منه تناقضًا؛ إذ هو بالإقدام على الشراء أقرَّ بأنه ملك البائع.

والتناقض لم يمنع صحة الدعوى هاهُنا، أي: في مسألة «الزيادات»، والفرق أن موضوع مسألة الكتاب فيما إذا كان العبد في يد المشتري، فيكون العبد المبيع سالماً له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له؛ إذ شرط الرجوع بالثمن عدمُها.

وأمَّا مسألة «الزيادات» فموضوعها في أن العبد في يد المستحق فلا يكون المبيع سالماً للمشتري فيثبت له حق الرجوع؛ لأنه وجد شرط الرجوع، هكذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

قوله: فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ، وهي مسألة الكتاب، وهي: ما إذا أَقَامَ المُشْتَرِي البَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِ البَائِعِ بِأَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ رب العبد.

قوله: وَفِي تِلْكَ ... فِي يَدِ غَيْرِهِ، أي: وفي مسألة «الزيادات» أن العبد في يد غير المشتري.

وذكر في «زيادات الإمام قاضي خان» رحمه الله فقال: وحقيقةُ الفقه في هاتين المسألتين أن المشتري غير متناقض من كل وجه؛ لأنه لا ينكر العقدَ أصلًا، ولا ملك الثمن للبائع، فإن بيع مال الغير منعقد، وإنما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الإقرار به من حيث

يَضْمَنُ البَائِعُ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهِيَ مَسْأَلَةُ غَصْبِ العَقَارِ وَسَنُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الظاهر، فكان متناقضًا من وجه دون وجه، فجعلناه متناقضًا في الفصل الأول؛ لأنه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن، ولم نجعله متناقضًا في الفصل الثاني؛ لأنه يفيد فائدة الرجوع بالثمن، وإنما جعلناه هكذا عملًا بالشبهين بقدر الإمكان، والله أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(بَابُ السَّلَمِ)

بابُ السلم

لمَّا ذكر أنواع البيوع التي لا يشترط في المجلس قبض العوضين أو أحدِهما بقي منها النوعان:

أحدُهما: أنه يشترط في المجلس قبضُ أحد العوضين وهو السلم.

والثانِي: يشترط فيه قبض العوضين جميعًا وهو الصرف، فشرع في بيانِهما، ثم قدم العقد الذي يشترط فيه قبض أحد البدلين على العقد الذي يشترط فيه قبض البدلين؛ لما أن الترقي إنما يكون من الأقل إلى الأكثر، لا على العكس، فإنّ الواحد قبل الاثنين، والمفرد قبل المركب.

أو نقول: البيوع فيما يرجع إلى الثمن والمثمن أنواع أربعة: (١) بيع العين بالعين وهو بيع المقايضة (٢) وبيع العين بالدين وهو بيع السلع بالأثمان المطلقة، وفرغ من بيانهما.

وبقي النوعان: (٣) أحدهما: بيع الدين بالعين وهو بيع السلم، فإن المسلم فيه مبيع وهو دين، ورأس المال قد يكون عينًا وقد يكون دينًا ولكن اشترط قبضه قبل الافتراق فيصير عينًا.

(٤) والثانِي: بيع الدين بالدين وهو عقد الصرف فشرع في بيانهما، وقدم السلم؛ لأن أحد عوضيه العينُ والعين هو الأصل فكان الأولى بالتقديم.

ثم الكلام في السلم في خمس مواضع، ولو ضمَّمت إليها مواضع الشرائط كان الكلام فيه في اثنين وعشرين موضعًا.

أمَّا الخمسة فهي الكلام في بيان مشروعيته، وفي تفسيره لغةً وشرعًا، وبيان ركنه،

....

وشرائطه، وأحكامه.

أمَّا الأول: فالقياس أن لا يجوز السلم؛ لأنه بيع المعدوم، وفي الاستحسان هو جائز بالحديث بخلاف القياس على ما نذكر.

وأمَّا لغةً: فإن السَّلم بمعنى السَّلَف، وهو نوع من البُيوع يُعجل فيه الثمن، وهذا النوع من البيع يسمى سلمًا وإسلامًا، كما سمي سلفًا وإسلافًا، وإنما سمي هذا بالإسلام وهو التسليم؛ لأنه يشترط تسليم الثمن في مجلس العقد.

وأمَّا شرعًا: فإن السلم أخذ عاجل بآجل، وهو نوع بيع لمبادلة المال بالمال، فكان الشرعي بمعنى اللغوي، إلا أن في الشرع اقترنت به زيادة شرائط.

وأمَّا ركنه: فهو الإيجاب والقبول بأن يقول رب السلم للآخر: أسلمتُ إليك عشرة دراهم في كرّ حنطة، أو أسلفتُ، فقال الآخر: قبلتُ، ويسمى هذا رب السلم، والآخر يسمى المسلم إليه، ويسمى الحنطة المسلم فيه، ولو قال المسلم إليه لآخر: بعتُ منك كرّ حنطة بكذا، وذكر شرائط السلم فإنه ينعقد أيضًا، فإنه بيع على ما رُوي أنه صلَّى الله عليه وسلَّم: «نَهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم».

وأمَّا شرائط جواز السلم فسبعة عشر: ستةٌ في رأس المال، وأحد عشر في المسلم فيه.

أمَّا الستة التي في رأس المال:

أحدها: في بيان الجنس أنه دراهم، أو دنانير، أو من المكيل حنطة أو شعير، أو من الموزون قطن أو حديد، ونحو ذلك.

والثاني: بيان النوع أنه دراهم غطريفية أو عدلية، أو دنانير محموديَّة أو هرويَّة، وهذا إذا كان في البلد نقود مختلفة، وأمَّا إذا كان في البلد نقد واحد فذكر الجنس كاف.

والثالث: بيان الصفة أنه جيّد، أو رديّ، أو وسط.

والرابع: إعلام قدر رأس المال على ما يجيء.

....

والخامس: كون الدراهم والدنانير منتقدة شرط الجواز عند أبي حنيفة رحمه الله أيضًا مع إعلام القدر.

والسادس: تعجيل رأس المال وقبضُه قبل افتراق العاقدين على ما يجيء.

وأمّا الشرائط الأحد عشر في المسلم فيه:

أحدها: بيان جنس المسلم فيه حنطة أو شعير.

والثاني: بيان نوعه حنطة سقيَّة أو بخسيَّة، أو جبليَّة أو سهليَّة.

والثالث: بيان الصفة حنطة جيّدة أو رديّة أو وسطٌ.

والرابع: إعلام قدر المسلم فيه أنه كرّ، أو قفيز بكيل معروف عند الناس.

والخامس: أن لا يشمل البدلين أحد وصفي علة الربا، وهو القدر المتفق أو الجنس؛ لأنه يتضمن ربا النَّساء، والعقد الذي فيه رباً فاسدٌ.

والسادس: أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين، حتى لا يجوز السلم في الدراهم والدنانير، وأما التبْر هل يجوز السلم فيه؟ فعلى قياس رواية الصرف لا يجوز؛ لأنه ألحقه بالمضروب، وعلى قياس رواية كتاب الشركة يجوز؛ لأنه ألحقه بالعروض.

والسابع: الأجل في المسلم فيه شرط الجواز عندنا على ما يجيء.

والثامن: أن لا ينقطع.[1]

والتاسع: أن يكون العقد باتًّا ليس فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما، حتى لو أسلم عشرةَ دراهمَ في كرّ حنطة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، وقبض المسلم إليه رأس المال وتفرقا بأبدانهما يبطل عقد السلم؛ لأن البيع بشرط الخيار ثبت بخلاف القياس لحاجة الناس، ولا حاجة إليه في السلم، ولو أبطلا الخيارَ قبل التفرق ورأسُ المال في يد المسلم إليه ينقلب جائزًا

---

(١) قد سقط هذا الشرط الثامن في أكثر النُّسَخ، ولم ينبه ناسخوها على تركه، وهو موجود في نسخة نور عثمانية – الثانية (ع٢) وغيرها، ومنها أثبتناه.

....

عندنا خلافًا لزفر.

ولو كان رأس المال هالكـًا لا ينقلب إلى الجواز بالإجماع، وخيار الرؤية في رأس المال وخيار العيب لا يفسد السَّلم؛ لأنه لا يمنع ثبوت الملك.

والعاشر: بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة على ما يجيء.

والحادي عشر: أن يكون المسلم فيه ممَّا يضبط بالوصف، وهو أن يكون من الأجناس الأربعة: المكيل، والموزون، والمزروع، والمعدود المتقارب.

وأمَّا بيان حكم السلم: وهو ثبوت الملك لرب السلم في المسلم فيه مؤجلًا بمقابلة ثبوت الملك في رأس المال المعيَّن، أو الموصوف معجلًا للمسلم إليه.

ثم البيع والسلم يختلفان في بعض الأحكام:

منها: أن الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض لا يجوز، والاستبدال بالثمن جائز إذا كان دينًا؛ لأن قبض رأس المال شرط وبالاستدلال يفوت البعضُ حقيقةً، وإن وجد من حيث المعنى.

وأمَّا قبض الثمن ليس بشرط والبدل يقوم مقامه معنًى، وأمَّا الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز، كالاستبدال بالمبيع العين؛ لأن المسلم فيه مبيع وإن كان دينًا فيكون بيعَ المبيع المنقول قبل القبض وإنه لا يجوز، بخلاف سائر الديون فإنه ليس بمبيع.

وأما الاستبدال برأس المال بعد الإقالة، أو بعد انفساخ السلم بأيّ طريق كان لا يجوز في قول علمائنا استحسانًا، والقياس أن يجوز، وهو قول زفر رحمه الله، سواء كان رأس المال عينًا أو دينًا.

وأجمعوا على أن الاستبدال ببدل الصرف بعد الإقالة قبل القبض جائز، وأجمعوا أن قبض رأس المال بعد الإقالة في باب السلم في مجلس الإقالة ليس بشرط لصحة الإقالة، وفي الصرف شرط لصحة الإقالة، وأجمعوا على أن السلم إذا كان فاسدًا في الأجل فلا بأس

السَّلَمُ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ بِالكِتَابِ وَهُوَ آيَةُ المُدَايَنَةِ، فَقَدْ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -: أَشْهَدُ أَنَّ اللهَ تَعَالَى أَحَلَّ السَّلَفَ المَضْمُونَ وَأَنْزَلَ فِيهَا أَطْوَلَ آيَةٍ فِي كِتَابِهِ، وَتَلَا قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآيَةُ. وَبِالسُّنَّةِ وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ» وَالقِيَاسُ وَإِنْ كَانَ يَأْبَاهُ وَلَكِنَّا تَرَكْنَاهُ بِمَا رَوَيْنَاهُ. وَوَجْهُ القِيَاسِ أَنَّهُ بَيْعُ المَعْدُومِ إِذِ المَبِيعُ هُوَ المُسْلَمُ فِيهِ.

بالاستبدال فيه قبل القبض، فلا يكون حكم السلم كسائر الديون.

ومنها: أن المسلم إليه إذا أبرأ رب السلم عن رأس المال لا يصح بدون قبول رب السلم، فإذا قبل يصح الإبراء ويبطلُ السلم؛ لأنه فاتَ قبض رأس المال؛ لأنه لا يتصور قبضه بعد صحة الإبراء، ولو ردَّه أو لم يقبله بقي عقد السلم صحيحًا، ولو أبرأ عن ثمن البيع صح من غير قبول إلا أنه يرتد بالرد، والفرق أن قبض رأس المال في المجلس شرط صحة عقد السلم، ولو صحَّ الإبراء من غير قبول الآخر لانفسخ السلم من غير رضاء صاحبه وهذا لا يجوز، بخلاف الثمن؛ لأن قبضه ليس بشرط، ولو أبرأ عن المسلم فيه جاز؛ لأن قبضه ليس بشرط وهو دين فيملك ذلك، ولو أبرأ عن المبيع لا يصح؛ لأن الإبراء عن الأعيان لا يصح، كذا في «التحفة» وغيرها.

قوله: أَحَلَّ السَّلَفَ المَضْمُونَ، أي: السلم الواجب في الذمة.

وقوله: المَضْمُونَ، صفة مقرّرة لا مميزة فكان هو لبيان الحقيقة؛ لما أن المسلَم فيه يجب في ذمة المسلم إليه لا محالة، فكان هو للتقرير لا للتميز، كما في قول الله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهَا ٱلنَّبِيُّونَ ٱلَّذِينَ أَسْلَمُواْ﴾ [المائدة: ٤٤]، وقوله: ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلْأَرْضِ وَلَا طَٰٓئِرٍ يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ﴾ [الأنعام: ٣٨]، وقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «ما أبقته الفرائضُ فلأولى رجلٍ ذكر».

قَالَ: (وَهُوَ جَائِزٌ فِي المَكِيلَاتِ وَالمَوْزُونَاتِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ أَسْلَمَ مِنكُمْ فَلْيُسْلِمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ» وَالمُرَادُ بِالمَوْزُونَاتِ غَيْرِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لِأَنَّهُمَا أَثْمَانٌ، وَالمُسْلَمُ فِيهِ لا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مُثْمَنًا فَلَا يَصِحُّ السَّلَمُ فِيهِمَا، ثُمَّ قِيلَ يَكُونُ بَاطِلًا، وَقِيلَ يَنْعَقِدُ بَيْعًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِ المُتَعَاقِدِينَ بِحَسَبِ الإِمْكَانِ، وَالعِبْرَةُ فِي العُقُودِ لِلْمَعَانِي وَالأَوَّلُ أَصَحُّ لِأَنَّ التَّصْحِيحَ إِنَّمَا يَجِبُ فِي مَحِلٍّ أَوْجَبَا العَقْدَ فِيهِ وَلَا يُمْكِنُ ذَلِكَ.

قَالَ: (وَكَذَا فِي المَذْرُوعَاتِ) لِأَنَّهُ يُمْكِنُ ضَبْطُهَا بِذِكْرِ الذَّرْعِ وَالصِّفَةِ وَالصَّنْعَةِ،

قوله: ثُمَّ قِيلَ يَكُونُ بَاطِلًا، وَقِيلَ يَنْعَقِدُ بَيْعًا، هذا الخلاف فيما إذا أسلم الحنطة أو غير ذلك من العروض في الدراهم أو الدنانير، أمَّا لو كان كلاهما من الأثمان بأن أسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم أو في دنانير فإنه لا يجوز بالإجماع.

وذكر في «المبسوط»: ولو أسلم الحنطة في الذهب والفضة لا يجوز عندنا، وللشافعيّ قول في القديم أن ذلك يجوز بناءً على مذهبه أن النقد يصلح أن يكون مبيعًا حتى يتعيَّن بالتعيين، فأمَّا عندنا فالذهب والفضة لا تصلح أن تكون مبيعًا والمسلم فيه مبيعٌ، فإذا لم يكن هذا سلمًا قال عيسى بن أبان رحمه الله: يكون عقدًا باطلًا، وكان أبو بكر الأعمش رحمه الله يقول: إنه بيع الحنطة بالدراهم المؤجلة فيكون صحيحًا؛ لأن **تَحْصِيلَ مَقْصُودِ المُتَعَاقِدِينَ بِحَسَبِ الإِمْكَانِ** واجبٌ، وقد قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم المؤجلة.

وما ذكره عيسى بن أبان أصح؛ لأن المعقود عليه في السلم المسلم فيه، فإنما يشتغل بتصحيح العقد في المحل الذي **أَوْجَبَا العَقْدَ فِيهِ**، وذلك غير ممكن، ولا وجه لتصحيحه في محل آخر؛ لأنَّهما لم يوجبا العقد فيه.

قوله: وَكَذَا فِي المَذْرُوعَاتِ، يجوز، وهي كالثياب، والبُسُط، والحُصر، والبواري.

فإن قيل: ينبغي أن لا يجوز السلم في المزروعات؛ لأن السلم ثبت بخلاف القياس؛

....

لأنه بيع المعدوم، والنصُّ ورد في الكيليّ والوزنِيّ؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم»، والكيل والوزن ليسا بموجودين في المزروع فيجب أن لا يجوز.

قلنا: يلحق المزروعات بالمكيلات والموزونات بدلالة النص؛ لما أن قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم»، إنما اقتضى الجواز في المكيل والموزون بالمكيلات والموزونات باعتبار إمكان التسوية في التسليم على ما وصف في المسلم فيه، والتسوية كما تتحقق بالكيل كذلك تتحقق بالزرع، فيجوز السلم في المزروعات بطريق الدلالة.

فإن قيل: إنما يجوز العمل بدلالة النص إذا لم يعارضه عبارة النص، وهنا عبارة قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا تبع ما ليس عندك» نافية لإلحاق المزروع بالكيلي والوزني؛ لأن تلك العبارة لما خصَّت بالكيليّ والوزنِيّ بقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من أسلم منكم فليُسلم في كيل معلوم ووزن معلوم»، انحصر الجواز في الكيليّ والوزنِيّ، وبقي ما ورائهما تحت نفي عبارة قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا تبع ما ليس عندك» والمزروع ممَّا ورائهما فكانت العبارة نافية للدلالة، ولا يصح العمل بالدلالة حينئذٍ.

قلنا: هذا الذي ذكرتَه حجة عليك؛ لأن العام من الكتاب إذا خص منه البعض لا يبقى الباقي حجة أصلًا عند أبي الحسن، فكيف في السنة؟ وعلى القول المختار إن بقي حجة ولكن مرتبتُه دون مرتبة القياس وخبر الواحد بدليل جواز التخصيص بالقياس، ولا شك أن دلالة النص أقوى من القياس وخبر الواحد حتى وجبت بها الحدود والكفارات، ولم يثبت هي بالقياس وخبر الواحد، فعُلِم بهذا أن دلالة النص أقوى من الذي هو أقوى من العام الذي خص منه البعض، وهو القياسُ وخبر الواحد، فلمَّا لم يصلح العام الذي خص منه البعض معارضًا لما هو أدنى من دلالة النص وهو القياس وخبر الواحد، فلَأَن لا يكون معارضًا لدلالة النص أَوْلَى، فثبتَ أن حكم دلالة النص بقي سالماً عن المعارض، فلذلك عملنا به وأجرينا حكم السلم في المزروعات والعدديات المتقاربة إلحاقًا بالمكيلات والموزونات بدلالة النص.

وَلَا بُدَّ مِنْهَا لِتَرْتَفِعَ الجَهَالَةُ فَيَتَحَقَّقُ شَرْطُ صِحَّةِ السَّلَمِ، وَكَذَا فِي المَعْدُودَاتِ الَّتِي

فإن قلتَ: من شرط دلالة النص أن يكون الثابت بها مساويًا لما ثبتَ بالنص من جميع الوجوه، كما في رجم غير ماعز، أو أقوى منه كما في حرمة الضرب والشتم في حق الأبوين لما عُرف، حتى لو اختلت المساواة في بعض الوجوه كان ذلك قياسًا لا دلالةً، وبعدما ثبتَ حكم جواز السلم بخلاف القياس لا يمكن أن يقال بأن جواز السلم في المزروعات بالقياس، ثم هذا الشرط وهو المساواة بين المزروعات وبين المكيلات والموزونات من جميع الوجوه غير ثابت، بل الفرق بينهما ثابت بوصف أعظم وجوه التفاوت، وهو أن الثياب وإن بولغ في ذكر ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة لم تخرج من أن تكون من ذوات القيم، حتى لو استهلك ثوبًا وأتى بيوت يساويه في الذرع والصفة والصنعة لم يجبر على القبول؛ لأن الواجب هو القيمةُ لا مثلُ الثوب، بخلاف المكيلات والموزونات وهذا من أعظم وجوه التفاوت؛ لأن كثيرًا من الأحكام يختلف بحسب اختلاف الأموال بكونها من ذوات الأمثال، أو من ذوات القيم، فمع وجود هذا التفاوت كيف يمكن أن يقال: إن المذروعات مساوية للمكيلات والموزونات من جميع الوجوه؟

قلتُ: جواز السلم في الثياب إنما كان بطريق الاستحسان والذي ذكرتُه هو وجه القياس، فكم من تفاوت بين الشيئين يتحمَّل ذلك في المعاملات دون الاستهلاكات فلذلك يجب فيها القيمة؛ لأنه موضع استهلاك لا معاملة مع وجود المساواة من جميع الوجوه.

وذكر في «الإيضاح»: إنما جوَّزنا السلم في الثياب استحسانًا؛ لأنها مصنوع العبد والعبد يصنع بالآلة، فإذا اتحد الصانع والآلة يتحد المصنوع فلا يبقى بعد ذلك إلا قليل تفاوت، وقد يتحمل قليل التفاوت في المعاملات ولا يتحمل في الاستهلاكات، ألا ترى أن الأبَ لو باع مال ابنه بغبن يسير كان متحملًا، ولو استهلك شيئًا يسيرًا وجب عليه الضمان.

قوله: وَلَا بُدَّ مِنْهَا، أي: من هذه المذكورات وهي: الذرع، والصفة، والصنعة، ويجيء ذكر الثياب بعد هذا بأن ذكر الوزن في الحرير شرط.

قوله: وَكَذَا فِي المَعْدُودَاتِ الَّتِي لَا تَتَفَاوَتُ - أي: يجوز - كَالجَوْزِ وَالبِيضِ، وقيَّد

لا تَتَفَاوَتُ كَالجَوْزِ وَالبِيضِ، لِأَنَّ العَدَدِيَّ المُتَقَارِبَ مَعْلُومُ القَدْرِ مَضْبُوطُ الوَصْفِ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ فَيَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ، وَالصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ فِيهِ سَوَاءٌ لِاصْطِلَاحِ النَّاسِ عَلَى إِهْدَارِ التَّفَاوُتِ، بِخِلَافِ البِطِّيخِ وَالرُّمَّانُ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ آحَادُهُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا، وَبِتَفَاوُتِ الآحَادِ فِي المَالِيَّةِ يُعْرَفُ العَدَدِيُّ المُتَقَارِبُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا يَجُوزُ فِي بِيضِ النَّعَامَةِ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ آحَادُهُ فِي المَالِيَّةِ، ثُمَّ كَمَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهَا عَدَدًا يَجُوزُ كَيْلًا. وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَجُوزُ كَيْلًا لِأَنَّهُ عَدَدِيٌّ وَلَيْسَ بِمَكِيلٍ. وَعَنْهُ أَنَّهُ لا يَجُوزُ عَدَدًا أَيْضًا لِلتَّفَاوُتِ. وَلَنَا أَنَّ المِقْدَارَ مَرَّةً يُعْرَفُ بِالعَدَدِ وَتَارَةً بِالكَيْلِ، وَإِنَّمَا صَارَ مَعْدُودًا بِالِاصْطِلَاحِ فَيَصِيرُ مَكِيلًا بِاصْطِلَاحِهِمَا وَكَذَا فِي الفُلُوسِ عَدَدًا. وَقِيلَ هَذَا عِنْد أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُمَا اللهُ -.

بـ: الَّتِي لا تَتَفَاوَتُ، احترازًا عن التي يتفاوت كالرمان والبطيخ على ما ذكر، والفرق بينهما مذكور عن أبي يوسف رحمه الله.

وذكر في «المبسوط»: وأصل هذا الجنس مرويٌّ عن أبي يوسف قال: ما يتفاوت آحاده في القيمة فهو عدديّ متفاوت لا يجوز السلم فيه عددًا، وما لا يتفاوت آحاده وإنما يتفاوت أنواعُه فهو عددي ذي متقارب، يجوز السلم فيه عددًا، والرمان والبطيخ يتفاوت آحاده في المالية، والباذنجان وما أشبه ذلك لا يتفاوتُ آحاده في المالية، وعلى هذا الأصل يجوز السلم في الجوز والبيض عددًا؛ لأن آحاده في المالية لا يتفاوت، فإنك لا ترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين، وإنما يتفاوت أنواعُه في المالية وذلك التفاوت يزول بذكر النوع.

قوله: وَقِيلَ هَذَا عِنْد أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، أي: ما ذكر في «الجامع الصغير» بقوله: ويجوز السلم في الفلوس عددًا مطلقًا من غير ذكر خلاف أحد، محمول على أن ذلك الإطلاق وقع على قولهما، خلافاً لمحمد رحمه الله استدلالًا بمسألةٍ أخرى وهي على هذا الخلاف، فيصلح أن يكون هذه المسألة مبنية عليها، وهي أن الفلوس أثمان

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - لا يَجُوزُ لِأَنَّهَا أَثْمَانٌ. وَلَهُمَا أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّهِمَا بِاصْطِلَاحِهِمَا فَتَبْطُلُ بِاصْطِلَاحِهِمَا وَلا تَعُودُ وَزْنِيًّا وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

(وَلا يَجُوزُ السَّلَمُ فِي الحَيَوَانِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَجُوز؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَعْلُومًا

باصطلاح جميع الناس، فلا يسقط ثمنيتها بإسقاط المتعاقدين عنده حتى أجزى الربا فيها فقال: لا يجوز بيع فلس بفلسين عند محمد خلافًا لهما على ما مرَّ، ولمَّا كانت ثمنًا عنده لا يجوز السلم في الأثمان بالإجماع كما لو سلم في الدراهم والدنانير، وعندهما يسقط ثمنيتها بإسقاط المتعاقدين فيجوز السلم فيها عددًا عندهما، والدليل على صحَّة هذا ما رواه أبو الليث الخوارزمي عن محمد رحمهما الله نصًّا: أن السلم في الفلوس لا يجوز.

ومن المشايخ من قال: جواز السلم في الفلوس قول الكل، وهذا القائل يفرق لمحمد بين السلم والبيع، والفرقُ أن من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مثمنًا، فتضمن إقدامهما على السلم إبطالًا لذلك الاصطلاح في حقهما، أما ليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنًا، فإن بيع الأثمان كبيع الدراهم بالدراهم وبيع الدنانير بالدنانير جائز، فلا يتضمن بإقدامهما على البيع إبطالًا لذلك الاصطلاح في حقهما، فيبقى ثمنًا كما كان فلا يجوز بيعُ الواحد بالاثنين، كذا في «الذخيرة».

وذكر مثل هذا في «المبسوط»، ثم قال: وما ذكره في الكتاب من جواز السلم في الفلوس أصح؛ لأن صفة الثمنية في الفلوس عارضة باصطلاح الناس، والمتعاقدان أعرضا عن هذا الاصطلاح حين عقد السلم فيه، وأمَّا أعرضا عن الاصطلاح على كونه عدديًّا وليس من ضرورة خروجه في حقهما من أن يكون ثمنًا خروجه من أن يكون عدديًّا كالجوز والبيض.

وأمَّا الذهب والفضة فثمنٌ بأصل الخلقة ولا ينعدم ذلك بجعلهما إيَّاه مبيعًا، ألا ترى أن الفلوس تروج تارة وتكسد أخرى، وتروج في ثمن الخسيس من الأشياء دون النفيس، بخلاف النقود.

قوله: وَلا يَجُوزُ السَّلَمُ فِي الحَيَوَانِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ، إلا في الخلفات؛ لأن اسم الخلفة اسم لمجهول الحال؛ لأن الحبل لا يدري حقيقة بحالٍ، ألا ترى أنه لو باع

بِبَيَانِ الجِنْسِ وَالسِّنِّ وَالنَّوْعِ وَالصِّفَةِ، وَالتَّفَاوُتُ بَعْدَ ذَلِكَ يَسِيرٌ فَأَشْبَهَ الثِّيَابَ.
وَلَنَا أَنَّهُ بَعْدَ ذِكْرِ مَا ذَكَرَ يَبْقَى فِيهِ تَفَاوُتٌ فَاحِشٌ فِي المَالِيَّةِ بِاعْتِبَارِ المَعَانِي البَاطِنَةِ

عينًا على أنَّها خلفة لا يجوز.

والخلاف في الحيوان الموصوف كما ذكر، وأمَّا في الحيوان مطلقًا فلا يجوز بلا خلاف.

قوله: بِبَيَانِ الجِنْسِ - نحو الإبل - وَالسِّنِّ - نحو الجذع والثني - وَالنَّوْعِ - كالبُختي والعربي - وَالصِّفَةِ، نحو السمن والهزال.

قوله: يَبْقَى فِيهِ تَفَاوُتٌ فَاحِشٌ فِي المَالِيَّةِ بِاعْتِبَارِ المَعَانِي البَاطِنَةِ، كالملحة وشدَّة العدو؛ وذلك لأن بعد ذكر الأوصاف التي يشترط الخصم يبقى تفاوتٌ عظيمٌ في المالية، فإنك تجد فرسين مستويين في السن والصفة، ثم يشتري أحدهما بأضعاف ما يشترى به الآخر؛ لتفاوت بينهما في المعاني الباطنة.

وكذلك في البعيرين وهذا في بني آدم لا يخفى، فإن العيدين أو الأمتين يتساويان في السنِّ والصفة ويختلفان في المالية؛ لتفاوتهما في الذهن والكياسة، وفيه يقول القائل، شعر:

رُبَّ وَاحِدٍ يَعْدِلُ أَلْفًا زَائِدًا * وَأُلُوفٌ تَرَاهُمْ لَا يُسَاوُونَ وَاحِدًا

كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

وذكر في «المعرب» المهملة العين: والبيتُ غير مستقيم، وإنما هو الأربّ:

فرد يعدل الألف زائدًا * وألف تراهم لا يساوون واحدًا

الهملجة: مشيٌ سهل للبرازين كالرهوجة.

فإن قلتَ: هذا الذي ذكرته مستقيم في الحيوانات التي يختلف صورها ومعانيها الباطنة كما في العبيد، والإماء، والأفراس، والإبل، وما قولك في الحيوانات التي لا يختلف لا صورةً ولا معنًى كالعصافير، والحمامات التي هي للأكل، وهذه الحيوانات لا يخالف بعضها بعضًا أصلًا لا صورةً ولا معنًى، ولو خالف فهو يسيرٌ، ومثل ذلك أو أكثر منه يوجد في الثياب

فَيُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ، بِخِلَافِ الثِّيَابِ لِأَنَّهُ مَصْنُوعُ العِبَادِ فَقَلَّمَا يَتَفَاوَتُ الثَّوْبَانِ

الفاخرة كالذبائح، ومع ذلك السلم فيها جائز فأوْلَى أن يجوز في مثل هذه الحيوانات.

قلتُ: نقول في مثل هذا ما قاله محمد رحمه الله حين سأله عمرو بن أبي عمرو حيث قال في «المبسوط»: وقد ذكر عَمرو بن أبي عمرو عن محمد رحمهما الله قال: قلتُ له: إنما لا يجوز السلم في الحيوان؛ لأنه غير مضبوط بالوصف، قال: لا، فإنا نجوز السلم في الذبائح ولا نجوّز في العصافير، ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الذبائح، ولكنه السنة، أي: السنة منعت عن السلم في الحيوان، وهي ما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «أَنَّهُ نَهَى عَنِ السَّلَمِ فِي الحَيَوَانِ»، مع إمكان الضبط بالوصف، ومثل هذا أيضًا يجيء بعد مذكورًا من «الذخيرة».

فإن قلتَ: ما جوابنا عمَّا تمسك به الشافعي بقوله: «إن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم اشترى بعيرًا ببعيرين إلى أجل، وأمر به عبدَ الله بن عمرو أنه صلَّى الله عليه وسلَّم استقرض بكرًا وقضاه رباعيًا»، والسلم أقرب إلى الجواز من الاستقراض، فإذا ثبتَ جواز استقراض الحيوان بهذا الحديث ثبتَ جواز السلم فيه بالطريق الأوْلَى، والمعنى فيه أنه مبيع معلوم مقدور التسليم فيجوز عقد السلم فيه كالثياب والمكيلات، والدليل عليه أن بني إسرائيل استوصفوا البقرة فوصفها الله تعالى لهم، وأدركوا بتلك الصفة حيث ﴿قَالُواْ ٱلۡـَٔـٰنَ جِئۡتَ بِٱلۡحَقِّۚ﴾ [البقرة: ٧١]، والدليل عليه أنه يثبت في الذمة مهرًا، وأن الدعوى والشهادة في الحيوان يسمع بذكر الوصف، فدلَّ أنَّها تصير معلومة بذكر الوصف.

قلتُ: أمَّا شراء البعير قيل: إنه كان قبل نزول آية الربا، أو كان ذلك في دار الحرب، وعندنا لا يجري الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب، فتجهيز الجيش وإن كان في دار الإسلام فنقل الآلات كان من دار الحرب لعزتها في دار الإسلام يومئذٍ.

وأمَّا ما رُوي أنه استقرض بكرًا، فالمراد استعجل في الصدقة، ثم لم يجب الزكاة على صاحبها فردها رباعيًا، أو استقرض لبيت المال، وكما يجوز أن يثبت حق مجهول لبيت المال يجوز أن يثبت ذلك على بيت المال أيضًا.

إِذَا نُسِجَا عَلَى مِنْوَالٍ وَاحِدٍ. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنِ السَّلَمِ فِي الحَيَوَانِ» وَيَدْخُلُ فِيهِ جَمِيعُ أَجْنَاسِهِ حَتَّى العَصَافِيرُ.

وأمَّا وصف الله تعالى البقرة لبني إسرائيل، وهو إنما ذكر الله تعالى لبني إسرائيل الأوصاف الظاهرة وذلك يمكن إعلامه عندنا، ثم كان المقصود التشديد عليهم لما استقصوا في الاستيصاف، هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما.

وكذلك سماع الدعوى والشهادة؛ لأن الأوصاف الظاهرة منها تصير معلومة، وثبوته في الذمة مهرًا لكون النكاح على التوسع، فإن المقصود به شيء آخر سوى المالية، بخلاف السلم، ولهذا يجوز من غير بيان الوصف هناك، والمعنى فيه أنه أسلم في المجهول فلا يجوز، كما لو أسلم في الخلقات أو الجواهر؛ وذلك لأن بعد ذكر الأوصاف التي يشترط الخصم يبقى تفاوت عظيم في المالية، كذا في «المبسوط».

قوله: وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ السَّلَمِ فِي الحَيَوَانِ»، فإن قلتَ: هذا الحديث بظاهره لا يصح التمسك به على إثبات ما ادعاه، فإن للخصم أن يجري هذا الحديث على ظاهره فيقول: نحن نسلم أن السلم في مطلق الحيوان لا يجوز، وإنما الكلام في الحيوان المخصوص بذكر جنسه، ونوعه، وسنِّه، وصفته على ما ذكر، وهذا الحديث في مطلق الحيوان من غير ذكر الوصف، ونحن نقول بأنه لا يجوز السلم فيه، وعدم جواز السلم في الحيوان غير الموصوف بهذه الأوصاف لا يدل على عدم الجواز في الحيوان المخصوص، كما في الثياب بالاتفاق حيث يجوز في الموصوف ولا يجوز في غير الموصوف، فإن الحكم يختلف بينهما بترك الوصف وذكره، ألا ترى أن الحيوان إذا كان موصوفًا بوصف يصلح أن يكون مهرًا في الذمة، وعند ترك الوصف لا يصلح.

قلتُ: قد فسّر هذا الحديث محمد بن الحسن رحمه الله في أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود رضي الله تعالى دفع مالًا مضاربةً إلى زيد بن خليدة، فأسلمها زيد إلى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة، فقال ابن مسعود: اردُدْ مالَنا لا نُسْلم أموالنا، كذا في «المبسوط»، فعُلِم بهذا أن جواز السلم في الحيوان لم يكن باعتبار ترك الوصف.

قَالَ: (وَلَا فِي أَطْرَافِهِ كَالرُّءُوسِ وَالْأَكَارِعِ) لِلتَّفَاوُتِ فِيهَا إِذْ هُوَ عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ لَا مُقَدَّرٌ لَهَا. قَالَ: (وَلَا فِي الْجُلُودِ عَدَدًا وَلَا فِي الْحَطَبِ حُزَمًا وَلَا فِي الرَّطْبَةِ جُرُزًا) لِلتَّفَاوُتِ فِيهَا، إِلَّا إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ بِأَنْ بَيَّنَ لَهُ طُولَ مَا يَشُدُّ بِهِ الْحُزْمَةَ أَنَّهُ شِبْرٌ أَوْ ذِرَاعٌ

قوله: وَالْأَكَارِعِ، يعني: بايجها.

وفي «المغرب»: الكراع ما دون الركبة من الدواب، وجمعه الأكارع.

قوله: وَلَا فِي الْجُلُودِ عَدَدًا، أي: في جلود الإبل والبقر والغنم.

وقال مالك: إنه يجوز؛ لأنه مقدور التسليم معلوم المقدار بالوزن والصفة بالذكر.

ولكنا نقول: الجلود لا توزن عادةً، ولكنها تباع عددًا، وهي عددية متفاوتة، فيها الصغير والكبير، فلا يجوز السلم فيها.

وفي الحاصل هذا مبني على السلم في الحيوان، فقد قامت الدلالة لنا على أن السلم في الحيوان لا يجوز فكذلك في أبعاض الحيوان، ولهذا لا يجوز السلم في الأكارع والرؤوس، وكذلك لا يجوز السلم في الأَدَم والوَرَق، إلا أن يشترط من الوَرَق والأَدَم ضربًا معلومًا الطول والعرض والجودة فحينئذٍ يجوز السلم فيه كالثياب، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»: وإن تبيَّن للجلود ضربًا معلومًا يجوز، والأدم إذا كان يباع وزنًا يجوز السلم فيها بذكر الوزن إذا بينوا على وجه لا يتمكن المنازعة بينهما في التسليم والتسلم.

قوله: وَلَا فِي الْحَطَبِ حُزَمًا، أو أوقارًا؛ لأن هذا مجهول لا يعرف طوله، ولا عرضه وغلظُه، فإن عرف ذلك فهو جائز، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَا فِي الرَّطْبَةِ، يعني: سبُست كه علف اسپ باشد.

قوله: جُرُزًا، جمع جَرْزَة بتقديم الراء المهملة على الزاي المعجمة، وهي القبضة من القتِّ ونحوه، أو الحزمة؛ لأنها أول قطعة من الجَرْز وهو القطع، ومنها قولهم: باع القت جَرَزًا، وما سواه تصحيف، كذا في «المغرب».

فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ إِذَا كَانَ عَلَى وَجْهٍ لا يَتَفَاوَتُ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ حَتَّى يَكُونَ المُسْلَمُ فِيهِ مَوْجُودًا مِنْ حِينِ العَقْدِ إِلَى حِينِ المَحِلِّ، حَتَّى لَوْ كَانَ مُنْقَطِعًا عِنْدَ العَقْدِ مَوْجُودًا عِنْدَ المَحِلِّ أَوْ عَلَى العَكْسِ أَوْ

وأمَّا الجِزَز بكسر الجيم وبالزائين المعجمتين فجمع جزَّة، وهي الصوف المجزوز، وهذا ليس بموضعه.

قوله: إِذَا كَانَ عَلَى وَجْهٍ لا يَتَفَاوَتُ، أي بالشدِّ نحو الطاخ، أمَّا إذا كان يتفاوت نحو السُّوك والسُّوس فلا يجوز لإفضائه إلى المنازعة.

قوله: وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ حَتَّى يَكُونَ المُسْلَمُ فِيهِ مَوْجُودًا مِنْ حِينِ العَقْدِ إِلَى حِينِ المَحِلِّ، أي: إلى وقت حلول أجل السَّلم، والمَحِل بكسر الحاء مصدر بمعنى الحلول من حدِّ ضرب، كذا بخط الإمام الزرنوجي رحمه الله.

وحدّ الانقطاع ما ذكره الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله: هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت، كذا في «الذخيرة».

وهذه المسألة منقسمة على أربعة أوجه، وهي القسمة العقلية:

أحدها: أن يكون المسلم فيه موجودًا عند العقد، منقطعًا عن أيدي الناس عند حلول الأجل، فهذا لا يجوز بالاتفاق؛ لأن المسلم إليه بالعقد يلتزم التسليم عند حلول الأجل، فإذا لم يكن مقدورَ التسليم عند ذلك لا يجوز العقد.

والثاني: عكسه، وهو أن يكون منقطعًا وقت العقد موجودًا في أيدي الناس عند حلول الأجل، فهذا لا يجوز عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يجوز.

والثالث: أن يكون موجودًا عند العقد وعند حلول الأجل، ولكنه منقطع عن أيدي الناس فيما بين ذلك، وهذا لا يجوز عندنا، وعلى قول مالك والشافعي رحمهما الله يجوز.

والرابع: أن يكون موجودًا من وقت العقد إلى وقت المحل على وجه لا ينقطع فيما

مُنْقَطِعًا فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ لا يَجُوزُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَجُوزُ إِذَا كَانَ مَوْجُودًا وَقْتَ المَحِلِّ لِوُجُودِ القُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ حَالَ وُجُوبِهِ.

بين ذلك، فيكون العقد صحيحًا بالاتفاق.

وحجتنا في ذلك قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا تُسَلِّفُوا فِي الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا»، وفي الحديث المعروف: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم نَهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها»، ولم يرد به النهي عن بيعها عينًا؛ لأن ذلك جائز بشرط القطع فعرفنا أن المراد به النهي عن بيعها سلمًا.

ولأن شرط الجواز أن يكون المبيع مقدور التسليم للعاقد لا مقدور التسليم في نفسه؛ لأن التسليم يجب على العاقد، فما لم يكن مقدور التسليم للعاقد لا يثبت له القدرة على التسليم، ألا ترى أن بيع الآبق لا يجوز وأنه مقدور التسليم في نفسه حيث هو؛ لأنه غير مقدور التسليم للعاقد، وإنما يصير الرَّطبُ مقدور التسليم للبائع بوجوده في الأوان، وحياة هذا البائع كالعين إنما يصير مقدور التسليم للبائع بقيامه ووصول يد البائع إليه، وإذا تعلَّقت القدرة التي هي شرط ببقاء الحياة إلى حين المحل، والبقاء قد شكَّ فيه فلا تثبت القدرة للحال والقدرة مشكوك فيها.

فإن قيل: الحياة ثابتة وزوالها فيه شك فلا يثبت الزوال بالشك.

قلنا: نعم، إن الحكم بحياته إلى حين المحل بحياته الثابتة للحال لا يقع إلا بعدم دليل الممات، كحياة المعقود الذي اشتبه حالُه، لا بدليل موجب للحياة، وما يحكم بثبوته بناءً على أصل ثابت، وعدم دليل زواله يكون ثابتًا على الاحتمال؛ لأنا لم نعلم عدم دليل الزوال كما لم نعلم وجوده والزوالُ محتمل كالوجود فتعارضا، فما كان ثابتًا من الأحكام لا يزول بالاحتمال، وما كان معدومًا لا يثبت بالاحتمال كالمعقود، ولما احتمل حيًّا وميتًا للحال لم يزل ملكه الثابت له، ولا يثبت له ملك أبيه إذا ماتَ بل يُوقف، فالقدرة في حق البائع للحال غير ثابتة، وإنما تثبت باتصال وجوده في أوانه بحياته ولا اتصال للحال فلا يثبت بالاحتمال، وكان بمنزله ثمر حائط رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك الثمر، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

وَلنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا تُسَلِّفُوا فِي الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا» وَلِأَنَّ القُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ بِالتَّحْصِيلِ فَلَا بُدَّ مِنِ اسْتِمْرَارِ الوُجُودِ فِي مُدَّةِ الأَجَلِ

فإن قلتَ: يُشترط الوجود وقت العقد؛ لأنه وقت انعقاد السبب، ويشترط حين المحل أيضًا؛ لأنه وقت وجوب التسليم، وأمَّا فيما بين ذلك لا وقت انعقاد السبب، ولا وقت وجوب التسليم، فلا يشترط الوجوب فيما بين هذين الوقتين، كما في النصاب في باب الزكاة لا يشترط بقاء كماله فيما بين الوقتين لهذا المعنى، وكذلك بقاء الملك على المرأة في حق وقوع الطلاق عليها في التعليقات، بل يشترط في وقت التعليق وفي وقت نزول الجزاء، ولا يشترط فيما بين ذلك لهذا المعنى، فيجب أن يكون هاهُنا كذلك.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن هاهُنا معنى آخر يقتضي استمرار الوجود في مدَّة الأجل من حين المحل إلى حين المحل؛ وذلك لأن ما بعد العقد هاهُنا بمنزلة حال المحل؛ لأن زمان المحل وقت وجوب التسليم يشترط بقائه حيًّا إلى ذلك الوقت وذلك موهوم، وما بعد العقد وقت وجوب التسليم بشرط موته، وذلك موهوم أيضًا.

وقد أجبنا عن قول من يقول: يترجح جانب الحياة، فلمَّا استويا من هذا الوجه قلنا بشرط الوجود وقت المحل بالاتفاق لوجود التسليم بشرط بقائه حيًّا في ذلك الوقت، فيجب أن يشترط الوجود من وقت العقد إلى وقت المحل لتوهم وجود الموت فيما بين ذلك، ووجوب التسليم عليه في ذلك الوقت، والموهوم هاهُنا ملحق بالمتحقق، ألا ترى أنه إذا أسلم في فَيْمَان رجل بعينه، أو ثمر حائط رجل بعينه، لم يجز لتوهم هلاك ذلك الفَيْمان، وتوهم هلاك الثمر من حائط دون سائر الحوائط أندرُ من هلاك الحيّ، فلمَّا اعتبر الموهوم هناك بحيث أن يعتبر هنا بالطريق الأوْلَى، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

أو نقول: اشتراط استمرار الوجود هنا بمنزلة النصاب والتعليق أيضًا، من حيث أن هلاك النصاب فيما بين الوقتين يبطل انعقاد السبب، وكذلك زوال المحلية في حق المرأة فيما بين الوقتين يبطل التعليق، فكذلك هاهُنا انقطاع الوجود فيما بين الوقتين يبطل عقد السلم فكانت المسائل كلها مطردة لا منتقضة.

لِيَتَمَكَّنَ مِنَ التَّحْصِيلِ. (وَلَوِ انْقَطَعَ بَعْدَ المَحِلِّ فَرَبُّ السَّلَمِ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ فَسَخَ السَّلَمَ، وَإِنْ شَاءَ انْتَظَرَ وُجُودَهُ) لِأَنَّ السَّلَمَ قَدْ صَحَّ وَالعَجْزُ الطَّارِئُ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ فَصَارَ كَإِبَاقِ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ.

قوله: وَلَوِ انْقَطَعَ بَعْدَ المَحِلِّ فَرَبُّ السَّلَمِ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ فَسَخَ السَّلَمَ، وَإِنْ شَاءَ انْتَظَرَ وُجُودَهُ، فإن قلتَ: انقطاع السلم فيه من أيدي الناس في العجز عن تسليمه بمنزلة هلاك العين في العجز عن تسليمه، ثم لو هلك المبيعُ في بيع العين قبل التسليم بطل البيع، فكذلك إذا انقطع المسلم فيه من أيدي الناس وإن كان هو دينًا، كما لو اشترى بفلوس شيئًا فكسدت قبل القبض يبطل العقد، فكذا هنا.

قلتُ: هذا الذي ذكرته هو وجه زفر رحمه الله في قوله: أنه يبطل العقد ويسترد رأس المال لهذا، وإنا نقول: إنه تعذر تسليم المعقود عليه بعارض على شرف الزوال فيتخيّر العاقد فيه، كما لو أبق المبيع قبل القبض؛ وهذا لأن المعقود عليه دين وبقاء الدين ببقاء محله ومحل الدين إنما هو الذمة، فكان المعقود عليه باقيًا ببقاء الذمة، ولكن تأخّر تسليمه إلى أوان وجوده وفيه تغيير شرط العقد، فيثبت للعاقد الخيار بين أن يفسخ العقد ويسترد رأس المال، وبين أن يصبر حتى يأتي أَوَانُه فيأخذ المسلم فيه، وبه فارق هلاك العين، فإن المعقود عليه هناك يفوت أصلًا.

وكذلك الفلوس إذا كسدت فإن العقد إنما يتناول فلوسًا هي ثمنٌ، وبعد الكساد لا يبقى ثمنًا أصلًا ولا يرجَى رواجُه، ولو رُجي لا يُعلم متى يروج، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن لإدراك الثمار والقدرة على التسليم أوانًا معلومًا، فيتخيّر رب السلم إن شاء رضي بالتأخير، وإن شاء فسخ العقد وأخذَ رأس ماله، كذا في «المبسوط».

وحاصل الفرق بين هلاك المبيع في يد البائع وبين انقطاع المسلم فيه بعد مُحِلّ الأجل قبل التسليم أن المقعود عليه هلك في تلك الصورة، وفي صورة السلم لم يهلك، بل عجز رب السلم عن تسليم المسلم فيه لعارض معنًى؛ وذلك لأن المعقود عليه في السلم الدين في الذمة

قَالَ: (وَيَجُوزُ السَّلَمُ فِي السَّمَكِ المَالِحِ وَزْنًا مَعْلُومًا وَضَرْبًا مَعْلُومًا) لِأَنَّهُ مَعْلُومُ القَدْرِ مَضْبُوطُ الوَصْفِ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ إِذْ هُوَ غَيْرُ مُنْقَطِعٍ (وَلا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ عَدَدًا) لِلتَّفَاوُتِ. قَالَ: (وَلا خَيْرَ فِي السَّلَمِ فِي السَّمَكِ الطَّرِيِّ إِلَّا فِي حِينِهِ وَزْنًا مَعْلُومًا وَضَرْبًا مَعْلُومًا) لِأَنَّهُ يَنْقَطِعُ فِي زَمَانِ الشِّتَاءِ، حَتَّى لَوْ كَانَ فِي بَلَدٍ لا يَنْقَطِعُ يَجُوزُ مُطْلَقًا، وَإِنَّمَا يَجُوزُ وَزْنًا لا عَدَدًا لِمَا ذَكَرْنَا. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -

وهو باقٍ لبقاء الذمة، وبه وقع الفرق.

يقال: سمكٌ مليحٌ ومملوحٌ، ولا يقال: مالحٌ، إلا في لغة رديَّة، وهو المقدّد الذي فيه ملح، كذا في «المغرب».

المملوح: من مَلحَ القدرَ، ألقى فيها الملح، وأنشد لعُذافر:

بَصْرِيَّةٌ تَزَوَّجَتْ بَصْرِيَّا * يُطْعِمُها المالِحَ والطَّرِيَّا

وكفى بذلك حجةً للفقهاء، كذا بخطِّ الإمام الزرنوجي.

قوله: وَيَجُوزُ السَّلَمُ فِي السَّمَكِ المَالِحِ، وذكر في «شرح الطحاوي»: أن السلم في السمك لا يخلو: إمَّا أن يكون طريًّا أو مالحًا، ولا يخلو: إمَّا أن يسلم فيه عددًا أو وزنًا، فإن أسلم فيه عددًا لا يجوز السلم فيه طريًّا كان أو مالحًا؛ لأنه متفاوت، وإن أسلم فيه وزنًا ينظر إن كان مالحًا يجوز، وإن كان طريًّا إن كان العقد في حينه ولا ينقطع فيما بين ذلك يجوز، وإلا فلا، وهذا حاصل ما ذكر في «المبسوط».

وَقَالَ: وَلا خَيْرَ فِي السَّلَمِ فِي السَّمَكِ الطَّرِيِّ، في غير حينه؛ لِأَنَّهُ يَنْقَطِعُ عن أيدي الناس، ولأنه مختلف، ثم قال: والنكتة الأولى تدل على أنه إذا أسلم في حينه يجوز، والنكتة الثانية تمنعُ من ذلك.

وحاصل الجواب: أن السَّلم فيه في غير حينه لا يجوز وزنًا، ولا عددًا، وفي حينه يجوز وزنًا، ولا يجوز عددًا؛ لأن فيه الصغير والكبير.

أَنَّهُ لا يَجُوزُ فِي لَحْمِ الكِبَارِ مِنْهَا وَهِيَ الَّتِي تُقَطَّعُ اعْتِبَارًا بِالسَّلَمِ فِي اللَّحْمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

قَالَ: (وَلا خَيْرَ فِي السَّلَمِ فِي اللَّحْمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالا: إِذَا وَصَفَ

وذكر في «الإيضاح»: والصحيح من المذهب أن السمك الصغار يجوز السَّلم فيه كيلًا ووزنًا، وفي الكبار روايتان.

قوله: وَلا خَيْرَ فِي السَّلَمِ فِي اللَّحْمِ، أي: لا يجوز على وجه المبالغة؛ لأنه لو كان فيه نوع من الخير لما وقع في موضع نفي الجنس، وهو يقتضي انتفاء الخيريَّة من كل وجه.

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال ابن أبي ليلى: لا بأس به، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا أسلم في موضع منه معلوم وسمَّى صفةً معلومةً فهو جائز، قيل: لا خلاف بينهما وبين أبي حنيفة رحمه الله، بل جواب أبي حنيفة رحمه الله فيما إذا أطلق السَّلم في اللحم، وهما لا يجوّزانه، وجوابهما فيما إذا بيّن منه موضعًا معلومًا، وأبو حنيفة رحمه الله يجوّز ذلك، والأصح أن الخلاف ثابت، فإن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم فيه وإن بيَّن منه موضعًا معلومًا.

ووجه قولهما: أنه موزونٌ معلومٌ فيجوز السلم فيه كسائر الموزونات، وبيانُ الوصف أن الناس اعتادوا بيعَه وزنًا، ويجوز استقراضه وزنًا، ويجري فيه الربا بعلة الوزن، ثم الموزون المثمن معتبر بالمكيل المثمن، ويجوز السلم فيه، وإن اشتمل على ما هو مقصود وعلى ما هو ليس بمقصود، كالتمر فما فيه من النَّوى غير مقصود، ولا يمنع ذلك جواز السلم، فكذلك ما في اللحم من العظم، وكذلك يجوز السَّلم في الشحم؛ لأنه موزون فكذلك اللحم.

ولأبي حنيفة رحمه الله طريقان:

أحدهُما: أن اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم، فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود منه، ألا ترى أنه يجري المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك، فالمشتري يطالبُه بالنزع، والبائع يدُسُّه فيه، وهذا النوع من الجهالة

مِنَ اللَّحْمِ مَوْضِعًا مَعْلُومًا بِصِفَةٍ مَعْلُومَةٍ جَازَ) لِأَنَّهُ مَوْزُونٌ مَضْبُوطُ الوَصْفِ وَلِهَذَا يَضْمَنُ بِالمِثْلِ. وَيَجُوزُ اسْتِقْرَاضُهُ وَزْنًا وَيَجْرِي فِيهِ رِبَا الفَضْلِ، بِخِلَافِ لَحْمِ

والمنازعة بينهما لا يرتفع ببيان الموضع وذكر الوزن، بخلاف النَّوى في التمر، فالمنازعة لا يجري في نزع ذلك، وكذلك العظم الذي في الإلية، وعلى هذا الطريق إذا أسلم في لحم منزوع العظم يجوز عند أبي حنيفة، وهو اختيار محمد بن شجاع رحمهم الله.

والطريق الآخر: أن اللحم تشتمل على السمن والهزال، ومقاصد الناس في ذلك لمختلفة، وذلك يختلف باختلاف فصول السنة، وبقلَّة الكلاء وكثرة الكلاء، والسلم لا يكون إلا مؤجلًا، ولا ندري أن عند حلول الأجل على أيّ صفة يكون، وهذه الجهالة لا ترتفع بذكر الوصف، فكان السَّلم في اللحم بمنزلة السلم في الحيوان، وبه فارق الاستقراض والقرض لا يكون إلا حالًّا، وفي الحال صفة السِّمن والهُزال معلومة، بخلاف الشحم والإلية، فالتفاوت بينهما من حيث القلة والكثرة، وبذكر الوزن يزول ذلك، وعلى هذا الطريق منزوع العظم وغير منزوع العظم سواءٌ وهو الأصح، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»: وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما لله إذا بين الجنسَ بأن قال: شاةٌ أو بقرةٌ، وبيَّن السمن بأن قال: جذعٌ أو ثني، وبيَّن النوع بأن قال: خصيٌّ أو فحلٌ، وبيَّن صفة اللحم بأن قال: سمينٌ أو مهزولٌ، وبيَّن الموضع بأن قال: من الجنب مثلًا، وبيَّن القدر بأن قال: عشرة أمناء، فالجهالة تنعدم ببيان هذه الأشياء، ولو لم يجز السلم هنا إنما لم يجز لمكان الجهالة.

ولأبي حنيفة رحمه الله وجهان:

أحدهما: أن اللحم يتفاوت باختلاف العظم؛ لأنه يقل اللحم عند عظم العظم ويكثُر عند صغره، فكان المسلم فيه مجهولًا إلى آخره.

وقوله: وَلِهَذَا يَضْمَنُ بِالمِثْلِ، إيضاح لقوله: لِأَنَّهُ مَوْزُونٌ.

قوله: بِخِلَافِ لَحْمِ الطُّيُورِ؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ وَصْفُ مَوْضِعٍ مِنْهُ، أي: من لحم الطيور؛

الطُّيُورِ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ وَصْفُ مَوْضِعٍ مِنْهُ. وَلَهُ أَنَّهُ مَجْهُولٌ لِلتَّفَاوُتِ فِي قِلَّةِ العَظْمِ وَكَثْرَتِهِ أَوْ فِي سِمَنِهِ وَهُزَالِهِ عَلَى اخْتِلَافِ فُصُولِ السَّنَةِ، وَهَذِهِ الجَهَالَةُ مُفْضِيَةٌ

لأن عضو جنس الطير قليل، ولا يشتري لحم العضو عادة.

وذكر في «الذخيرة»: ولا خير في السلم في شيء من الطيور ولا في لحومها، أمَّا في الطيور فلا يجوز؛ لأنه سلم في الحيوان.

فإن قيل: السلم في الحيوان إنما كان باطلًا لتفاوت الحيوان في نفسه تفاوتـًا يعتبره الناس، ومن الطيور ما لا يتفاوت تفاوتـًا يعتبره الناس كالعصفور، فكان ينبغي أن يجوز السلم فيه كما في الجوز والبيض، فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن بطلان السلم في الحيوان ثابت نصًّا، والعبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى، والنصُّ لم يفصل بين حيوان وحيوان، وإليه أشار محمد رحمه الله حين سُئل: لماذا لا يجوز السلم في الحيوان؟ وقد ذكرناه.

والثاني: أن العصفور وإن كان من العدديات المتقاربة إلا أنه بمعنى المنقطع؛ لأنه مما لا يُقتنى، ولا يُحبس للتوالد، وقد يمكن أخذه، وقد لا يمكن، ولا رجحان لإمكان الأخذ على عدم الإمكان حتى يُقام مقام الموجود في أيدي الناس فيبقى العبرة للانقطاع، بخلاف السمك الطَّرِيّ؛ لأن إمكان الأخذ في السمك راجح على عدم الإمكان، فيكون العبرة لإمكان الأخذ فيقام إمكانُ الأخذ مقام الموجود في أيدي الناس.

وأمَّا في لحومها أمَّا عددًا فلا إشكال أنه لا يجوز؛ لأنه عددي متفاوت.

وأمَّا وزنًا هل يجوز؟ فظاهر ما ذكر محمد رحمه الله يدل على أنه لا يجوز؛ لأنه أطلق إطلاقًا، فمن مشايخنا من قال بأن المسألة على الاختلاف، لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يجوز كما لو أسلم في اللحم، ومنهم من يقول: لا يجوز عند الكل، إلا أنه حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا يُقتنى ولا يُحبس للتوالد، فيكون البطلان بسبب أنه أسلم في المنقطع فلا يجوز بسبب الانقطاع عندهم جميعًا وإن ذكر الوزن، فأمَّا فيما يُقتنى ويُحبس للتوالد يجوز عند الكل؛ لأن ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور

إِلَى المُنَازَعَةِ. وَفِي مَخْلُوعِ العَظْمِ لا يَجُوزُ عَلَى الوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ الأَصَحُّ، وَالتَّضْمِينُ بِالمِثْلِ مَمْنُوعٌ. وَكَذَا الِاسْتِقْرَاضُ، وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ فَالمِثْلُ أَعْدَلُ مِنَ القِيمَةِ، وَلِأَنَّ القَبْضَ يُعَايَنُ فَيُعْرَفُ مِثْلَ المَقْبُوضِ بِهِ فِي وَقْتِهِ، أَمَّا الوَصْفُ فَلَا يُكْتَفَى بِهِ. قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ إِلَّا مُؤَجَّلًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَجُوزُ حَالًّا لِإِطْلَاقِ الحَدِيثِ «وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ».

تفاوت لا يعتبره الناس، فإنه لا تجري المماكسة بسببه، فكان بمنزلة عظم الإلية وعظم السمك، وإلى هذا مال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله.

وذكر في «المبسوط»: وعن أبي يوسف رحمه الله قال: ما لا تتفاوت آحاده في الماليَّة كالعصافير ونحوها يجوز السلم في لحومها.

وقوله: لا يَجُوزُ عَلَى الوَجْهِ الثَّانِي، وهو التعليل بالسمن والهزال.

قوله: وَالتَّضْمِينُ بِالمِثْلِ، جواب عن قولهما.

قوله: فَالمِثْلُ أَعْدَلُ مِنَ القِيمَةِ؛ لأن فيه رعاية الصورة والمعنى.

وقوله: وَلِأَنَّ القَبْضَ يُعَايَنُ، هذه النكتة لأجل التفرقة بين الاستقراض والسلم، ففي الاستقراض يقبض حالًّا وترتفع الجهالة بالقبض فلا يفضي إلى المنازعة، وأمَّا في السلم فإن المسلم فيه إنما يعرف بالوصف، وبالوصف لا ترتفع الجهالة فيفضي إلى المنازعة، فلما لم يعرف الوصف تمام التعريف لم يكتف بالوصف في حق اللحم في السلم.

قوله: وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ إِلَّا مُؤَجَّلًا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ حَالًّا لِإِطْلَاقِ الحَدِيثِ «وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ»، إلى آخره، قيل: ترك كل منا ومن الشافعي مذهبه، وأن من مذهب الشافعي حمل المطلق على المقيد، وعندنا على عكسه.

ثم مذهبنا ومذهبه يختلفان في السلم والكتابة على طريق المضادة في اشتراط الأجل، أعني: إن سلم الحال لا يجوز عندنا وعنده يجوز، وفي الكتابة على العكس، فإن الكتابة

وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ» فِيمَا رَوَيْنَا،

الحالة جائزة عندنا وعنده لا يجوز.

ثم إنه إنما ترك أصله وهو حمل المطلق على المقيد هنا فقال: لأنّي وجدتُ الأصول متعارضة، حيث وجدتُ البيعَ غير مؤجل والكتابة مؤجلةً على أصلي، كما تركتُ أصلي هذا في صوم كفارة اليمين؛ لأنّي وجدت الأصول متعارضة، فإن صومَ المتعة مشروع بصفة التفريق، وصوم الظهار مشروع بصفة التتابع، فتركتُ صوم كفارة اليمين مطلقًا على حاله إن شاء فرق كما في صوم المتعة، وإن شاء تابع كما في صوم الظهار.

وعندنا العمل بالمقيّد هنا، لا على طريق حمل المطلق على المقيد، بل لما ورد الإطلاق والتقييد هنا في الحكم، وهو جواز عقد السلم عند ذكر الأجل، وعدمُ الجواز عند تركه كان التقييد بشرط الأجل وصفًا زائدًا على الحكم المطلق، فلمَّا تعلق الجواز بقيد الأجل لا يبقى مطلقًا حينئذٍ، فعملنا بالزيادة كما عملنا بنص التتابع في صوم كفارة اليمين عند ورود النصَّين بالإطلاق والتقييد فيه.

واحتج الشافعي في ذلك بالحديث: «وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ»، فقد أثبت في السلم رخصة مطلقة، واشترط التأجيل فيه زيادة على النص، والمعنى فيه أنه معاوضة مال بمالٍ فيكون الأجل فيه ترفيهـًا لا شرطًا كالبيع والإجارة.

ولأن الظاهر من حال العاقد أنه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه، فكان الظاهر أنه يقدر على تسليمه وذلك يكفي لجواز العقد، ولئن لم يكن قادرًا على التسليم فيما يدخل في ملكه من رأس المال يقدر على التحصيل والتسليم، ولهذا أوْجَبنا تسليم رأس المال على رب السلم أولًا قبل قبض المسلم فيه، وبهذا فارق الكتابةَ الحالةَ، قال: فإنِّي لا أجوز الكتابة الحالة، فإن العبد يخرج من برّ مولاه غير مالك لشيءٍ فلا يكون قادرًا على تسليم البدل، وبما يدخل في ملكه لا يقدر على التحصيل إلا بمدَّة، ولهذا لا أجوزه إلا مؤجلًا.

وحجتنا فيه قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من أسلم فيسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»، فقد شرط لجواز السلم إعلام الأجل كما في شرط إعلام القدر، والمراد

....

بيانُ أن الأجل من شرائط السلم كالرجل يقول: من أراد الصلاة فليتوضأ، إلا أن يكون المراد أنه إذا أسلم مؤجلًا ينبغي أن يكون الأجل معلومًا، بل ظاهره يحرم السلم على من أراد إلا بِهذه الأوصاف، كرجل يقول: من دخل داري فليدخل غاض البصر، ومن كلمني فليتكلم بالصواب، فيقيد السلم المطلق في حديث الرخصة بهذا، فجاء من هذا أن الأجل المعلوم شرط لجواز السلم.

ولأن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم نَهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخَّص في السلم، أخبر أنه جوزه رخصة، والرخصة ما استبيح لعذر مع قيام المحرم، عُلِم بهذا أن الحكم الأصلي في باب السلم أن لا يجوز؛ لأنه بيع ما ليس بعين وما ليس بملك، وملك المبيع شرط لجواز العقد مع العينيَّة.

ولأن المراد من النهي بيع ما ليس في ملكه، ولا بيع ما ليس بحضرته، بدليل أنه إذا باع ما بحضرته قبل الملك ثم ملك فسلم لم يجز، وإذا باع شيئًا غائبًا قد رآه المشتري وهو في ملكه صحَّ، فثبت أن الأصل في باب السلم الفساد، وإنما أبيح رخصة والرخصة اسم لما أبيح بعذر مع قيام المحرم تيسيرًا على العباد، وكل الأعذار للعباد في العجز، والعجز في باب السلم حاجة الفقير إلى ثمن السلعة لعُسرته، والعجز بسبب المعدوم لا يرتفع إلا بالتمليك، وذلك لا يحصل عادةً إلا بزمان يكسب فيه، أو مجيء حين الحصاد، فلم يُبَح لذلك إلا بالأجل ليتمكن فيه من الكسب فيقدر على التسليم، فصار الأجل شرطًا لا لعينه بل للقدرة على التسليم كما قال الشافعيّ في الكتابة.

إلا أنا نقول في الكتابة: إن البدل في الكتابة معقود به لا معقود عليه، والقدرة على تسليم المعقود عليه ليست بشرط لجواز العقد كالثمن في البيع، فأمَّا المسلم فيه فمعقود عليه، والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط لجواز العقد كما في بيع العين.

ولأن الكتابة إرفاقٌ، فالظاهر أن المولى لا يضيق عليه في المطالبة بالبدل، وأمَّا السلم فعقد تجارة وهو مبني على الضيق، فالظاهر أنه يطالبه بالتسليم بمقدار عقيب العقد، وهو عاجز عن ذلك، فلهذا لم يجوّزه إلا مؤجلًا، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

وَلِأَنَّهُ شُرِعَ رُخْصَةً دَفْعًا لِحَاجَةِ المَفَالِيسِ فَلا بُدَّ مِنَ الأَجَلِ لِيَقْدِرَ عَلَى التَّحْصِيلِ

الحاجة: نقض يرتفع بالمطلوب وينجبر به.

يقال: أفلس الرجل، أي صار مفلسًا، كأنما صارت دراهمه فلوسًا كما يقال: أخبث الرجل، إذا صار أصحابه خبثًا.

ويجوز أن يراد به أنه صار إلى حال يقال فيها: ليس معه فلسٌ، كما يقال: أقهر الرجل، أي: صار إلى حال يُقهر عليها.

والمَفَالِيس: جمع المفلس على الوجهين.

قوله: وَلِأَنَّهُ شُرِعَ رُخْصَةً دَفْعًا لِحَاجَةِ المَفَالِيسِ فَلَا بُدَّ مِنَ الأَجَلِ لِيَقْدِرَ عَلَى التَّحْصِيلِ فِيهِ، فإن قلتَ: لو كانت شرعية عقد السلم دفعًا لحاجة المفاليس لاختصت بحالة الإفلاس وليس كذلك، ألا ترى أنه يجوز بيع الحنطة سليمًا وعنده أكرار حنطة.

قلتُ: إن الشيء لا يباع سليمًا إلا بأدنى الثمنين، والعاجزُ لا يبيع إلا للربح، فدل البيع بأدنى الثمنين على أنه لا يبيع إلا للعجز عن الربح، ولا عجز إلا بأن يجعل ما عنده مستغرقًا لحاجته؛ ولأن حقيقة العدم أمر باطن لا يمكن الوقوف عليه حقيقةً، والشرع بنى هذه الرخصة على العدم، فيبنى على السبب الظاهر الدال على العدم ليمكننا تعليق الحكم به، والبيع بالخسران دليل على العدم، وهذا كما علّق رخصة المسافر بالمشقة وهي أمر باطن في الإنسان، فأقام الشرع السبب الظاهر المشير للمشقة من السفر مقام حقيقة المشقة وإن لم يكن في السفر مشقة أصلًا، فإن السلطان إذا تنزّه من بستان إلى بستان، ومقصده مسيرة تصرفاته يترخص برخص المسافر، وكذلك النكاح الظاهر أقيم مقام الماء الباطن في باب النسب، ونظائره كثيرة.

ولهذا المعنى وهو معنى العدَم - والله أعلم - سُمِّي السلم سلمًا؛ لأن من شرط البيع أن يكون بعد الملك وهذا البيع قبل الملك، فكان استعجالًا للبيع عن حينه، والسَّلَم والسَّلَف في اللغة واحد، والسلف ينبئ عن التعجيل كالسلف من الناس وهم الذين تعجلوا إلى الله تعالى، والعقود خصت بأسماء دالة على معانيها، كالنكاح سُمِّي به لما فيه من الازدواج

فِيهِ فَيُسَلِّمُ، وَلَوْ كَانَ قَادِرًا عَلَى التَّسْلِيمِ لَمْ يُوجَدِ الْمُرَخِّصُ فَبَقِيَ عَلَى النَّافِي.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِأَجَلٍ مَعْلُومٍ) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الجَهَالَةَ فِيهِ مُفْضِيَةٌ إِلَى المُنَازَعَةِ كَمَا فِي البَيْعِ، وَالأَجَلُ أَدْنَاهُ شَهْرٌ وَقِيلَ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ،

والضم، والصرف سُمي به لما فيه من تراد الأبدال في المجلس لا بدَّ منه، والاستصناع سُمِّي به لما فيه من طلب الصناعة للعين الذي يريده، وكذلك الحوالة والكفالة.

فإن قيل: إنما سُمِّي عقد السلم سلمًا لما فيه من استعجال رأس المال.

قلتُ: إن السلم اسم للمسلم فيه دون رأس المال، فلا يكون الاسم منبئًا عمَّا ليس بمقصود في العقد، والدليل أيضًا على أن سلم الحال لا يجوز هو أنا اتفقنا على وجوب تسليم رأس المال أولًا، فلو جاز أن يكون المسلم فيه حالًا لم يجب تسليم رأس المال أولًا؛ لأن قضية المعاوضة التسويةُ بين المتعاقدين في الملك والتسليم، يعني: لمَّا كان أحد البدلين وهو المسلم فيه على ما هو قول الخصم جائز التسليم في الحال، كان ينبغي أن يكون الحكم كذلك في رأس المال بأن يكون جائز التسليم لا واجب التسليم؛ لما أن مقتضى العقد التسوية، ولم يكن كذلك، بل كان رأس المال واجب التسليم في حال العقد، عُلِم بهذا أن الأجل في المسلم فيه ليس بجائز بل هو واجب، ويتضح هذا فيما إذا كان رأس المال عينًا، وإن أول التسليمين في البدل الذي هو دين كالثمن في بيع العين، والدليل عليه أن السلم اختص بالدين مع مشاركة العين الدينَ فيما هو المقصود، فما كان كذلك إلا لاختصاصه بحكم يختص به الدين وليس ذلك إلا الأجل، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار» وغيرهما.

قوله: وَلَوْ كَانَ قَادِرًا عَلَى التَّسْلِيمِ لَمْ يُوجَدِ الْمُرَخِّصُ، وهو العجز عن التسليم، يعني: لو كان قادرًا على تسليم المسلم فيه ومع ذلك باع سلمًا بأن باع وهو معدوم لا يجوز لوجود النافي وهو القياس؛ لأن القياس يبقي السلم؛ لأنه بيع المعدوم، أو النافي هو ما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «أنه نَهى عن بيع ما ليس عند الإنسان»، وهو معنى **قوله:** فَبَقِيَ عَلَى النَّافِي، وهو من النفي، لا الباقي من البقاء.

قوله: وَقِيلَ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، وهو ما ذكره أحمد بن أبي عمران البغدادي أستاذ الطحاوي

وَقِيلَ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ يَوْمٍ. وَالأَوَّلُ أَصَحُّ (وَلا يَجُوزُ السَّلَمُ بِمِكْيَالِ رَجُلٍ بِعَيْنِهِ وَلا بِذِرَاعِ رَجُلٍ بِعَيْنِهِ) مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ يُعْرَفْ مِقْدَارُهُ لِأَنَّهُ تَأَخَّرَ فِيهِ التَّسْلِيمُ فَرُبَّمَا يَضِيعُ فَيُؤَدِّي إِلَى المُنَازَعَةِ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَلا بُدَّ أَنْ يَكُونَ المِكْيَالُ مِمَّا لا يَنْقَبِضُ وَلا يَنْبَسِطُ كَالقِصَاعِ مَثَلًا، فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَنْكَبِسُ بِالكَبْسِ كَالزِّنْبِيلِ وَالجِرَابِ لا يَجُوزُ

رحمهما الله عن أصحابنا، اعتبارًا للأجل بالخيار الذي ورد الشرع فيه بالتقدير ثلاثة أيام.

قوله: وَقِيلَ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ يَوْمٍ؛ لأن المعجل ما كان مقبوضًا في المجلس، والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس، ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم.

ومن مشايخنا من يقول: أدنى الأجل شهر؛ استدلالًا بمسألة كتاب الأيمان إذا حلف المديون ليقضين حقه عاجلًا، فقضاه قبل تمام الشهر برَّ في يمينه، فإذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهرُ وما فوقه في حكم الآجل، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»: وعن أبي الحسن الكرخي رحمه الله أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه، وإلى عُرف الناس في تأجيل مثله، فإن كان قدرُ ما أُجل أجلًا يؤجل بمثله في العرف والعادة يجوز السلم، وما لا فلا.

ثم قال: وعن محمد رحمه الله أنه قدرَ أدناه الشهرَ فصاعدًا وعليه الفتوى.

قوله: لِأَنَّهُ تَأَخَّرَ فِيهِ التَّسْلِيمُ فَرُبَّمَا يَضِيعُ فَيُؤَدِّي إِلَى المُنَازَعَةِ، حتى أنه لو اشترى بذلك الإناء يدًا بيد فلا بأس به؛ لأن في المعيّن يجوز البيع مجازفة فبمكيال غير معروف أوْلَى؛ وهذا لأن التسليم عقيب العقد، والقدرة على التسليم في الحال ثابتة لقيام المكيال الذي عينه.

قوله: وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ، أي: في أول كتاب البيوع.

الكَبْسُ: ابناشتن، من حدِّ ضرب، والانكباس: ابناشته شدن.

الزِّبِيلُ: معروف، فإذا كسرته شددت فقلتَ: زبيل وزنبيل؛ لأنه ليس في الكلام فَعْليل بالفتح، كذا في «الصحاح».

لِلْمُنَازَعَةِ إِلَّا فِي قُرْبِ المَاءِ لِلتَّعَامُلِ فِيهِ، كَذَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

قَالَ: (وَلَا فِي طَعَامِ قَرْيَةٍ بِعَيْنِهَا) أَوْ ثَمَرَةِ نَخْلَةٍ بِعَيْنِهَا لِأَنَّهُ قَدْ يَعْتَرِيهِ آفَةٌ فَلَا يَقْدِرُ عَلَى التَّسْلِيمِ وَإِلَيْهِ أَشَارَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - حَيْثُ قَالَ «أَرَأَيْتَ لَوْ أَذْهَبَ اللهُ تَعَالَى الثَّمَرَ بِمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟» وَلَوْ كَانَتِ النِّسْبَةُ إِلَى قَرْيَةٍ لِبَيَانِ الصِّفَةِ لَا بَأْسَ بِهِ عَلَى مَا قَالُوا كَالخُشْمُرَانِيِّ بِبُخَارَى وَالبَسَاخِيِّ بِفَرْغَانَةَ.

قوله: أَرَأَيْتَ، أي: أخبرني، ثم قال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «بِمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ»، وهذا بيان من النبي صلَّى الله عليه وسلَّم بطريق التعليل لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها.

وقوله: «مَالَ أَخِيهِ؟»، أراد به رأس المال، أي: لو لم تحصل الثمرة فبأيّ طريق يحلّ رأسُ المال للمسلم إليه.

قوله: وَلَوْ كَانَتِ النِّسْبَةُ إِلَى قَرْيَةٍ لِبَيَانِ الصِّفَةِ، لا على شرط القرية المعينة، بل على بيان أنّ صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعيّنة.

قوله: كَالخُشْمُرَانِيِّ بِبُخَارَى، يجوز عقد السلم، فإن تعيين الخُشْمرانِيّ لا باعتبار أن يكون الحنطة من الخُشْمُران لا غير، بل باعتبار أن صفة الحنطة مثلًا بمثل صفة حنطة الخُشْمران.

وذكر في «المبسوط»: وإذا أسلم في حنطة من حنطة هِراة خاصة، وهي تنقطع عن أيدي الناس فلا خيرَ فيه، كما لو أسلم في طعام فراح عيّنه، قيل: لم يُرد بهذا هِراة خراسان، وإنما مراده قرية في الفرات تسمى هِراة، وطعام تلك القرية يتوهم أن يصيبها آفة، أمَّا هِراة خراسان فلا يتوهم انقطاع طعامه، فهو والسلم في طعام العراق والشام سواء.

وإذا أسلم في ثوب هرويّ فلا بأس به، من أصحابنا من يقول: بأن الثوب الهروي لا يتوهم انقطاعُه بخلاف الطعام، فالجراد قد يستأصل طعام هراة، ولا يستأصل حوكة هراة، وهذا ضعيف، قالوا: قد يستأجل حوكة هراة، ولكن المعنى الصحيح في الفرق أن نسبة الثوب

قَالَ: (وَلا يَصِحُّ السَّلَمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِلَّا بِسَبْعِ شَرَائِطَ: جِنْسٌ مَعْلُومٌ) كَقَوْلِنَا حِنْطَةٌ أَوْ شَعِيرٌ (وَنَوْعٌ مَعْلُومٌ) كَقَوْلِنَا سَقِيَّةٌ أَوْ بَخْسِيَّةٌ (وَصِفَةٌ مَعْلُومَةٌ) كَقَوْلِنَا جَيِّدٌ أَوْ رَدِيءٌ (وَمِقْدَارٌ مَعْلُومٌ) كَقَوْلِنَا كَذَا كَيْلًا بِمِكْيَالٍ مَعْرُوفٍ وَكَذَا وَزْنًا (وَأَجَلٌ مَعْلُومٌ) وَالأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَيْنَا وَالفِقْهُ فِيهِ مَا بَيَّنَّا.

إلى هراة لبيان جنس المسلم فيه، لا لتعيين المكان، فإن الثوب الهرويّ ما ينسجُ على صفة معلومة، فسواء نسج على تلك الصفة بِهراة أو بغير هراة يسمى هرويًّا بمنزلة الزندنيجيّ والوداريّ، فقال: وإلى هذا أشار في الكتاب فقال: الثوب الهرويّ من الثياب بمنزلة الحنطة من الحبوب، يعني: بهذا بيان الجنس بخلاف الحنطة، وإن حنطة هراة ما ينبت بأرض هراة حتى أن النابت في موضع آخر لا ينسب إلى هراة، وإن كان تلك الصفة فكان هذا تعيينًا للمكان وذلك يتوهّم انقطاعه.

قال مشايخنا: إن نسب الطعام إلى موضع يعلم أن مراده بذلك بيانُ الصفة فذلك لا يفسد السلم أيضًا كالخُشمرانِي ببخارى، فإنه يذكر ذلك لبيان جودة الحنطة، ولا يختصّ له ما ينبت بتلك القرية فكأنه قال: في حنطة جيدة.

وقع في «الأصل»: والثوبُ الهرويّ لا يُصْنَعُ بغير تلك البلاد، وهو غلط، بل الصحيح أن الثوب الهروي يُصنع في غير تلك البلاد على ما بيّنا أنه اسم منسوج بصفة فسمّي به، وإن نسج بغير هراة.

البخسي: خلاف السقي منسوب إلى البخس وهي الأرض التي يسقيها السماء؛ لأنّها مبخوسة الحظّ من الماء.

ثم: بِمِكْيَالٍ مَعْرُوفٍ، أي: معروف المقدار.

قوله: وَالأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَيْنَا، وهو قوله صلّى الله عليه وسلّم: «من أسلم منكم» إلى آخره.

قوله: وَالفِقْهُ فِيهِ مَا بَيَّنَّا، وهو قوله: وَلِأَنَّ الجَهَالَةَ فِيهِ مُفْضِيَةٌ إِلَى المُنَازَعَةِ.

(وَمَعْرِفَةُ مِقْدَارِ رَأْسِ المَالِ إذَا كَانَ يَتَعَلَّقُ العَقْدُ عَلَى مِقْدَارِهِ) كَالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ وَالمَعْدُودِ (وَتَسْمِيَةُ المَكَانِ الَّذِي يُوفِيهِ فِيهِ إذَا كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ)

قوله: وَمَعْرِفَةُ مِقْدَارِ رَأْسِ المَالِ إذَا كَانَ يَتَعَلَّقُ العَقْدُ عَلَى مِقْدَارِهِ كَالمَكِيلِ، وإنما قيّد بِهذا احترازًا عن ما لا يتعلق عقد السلم بمقداره كالمذروعات؛ لأن الذُّرعان في الثوب المعين صفةٌ، ولهذا لو اشترى ثوبًا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر ذراعًا يسلم له الزيادة، ولو وجده تسعة أذرع لا يُحط عنه شيء من الثمن، والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط إعلامُه، بخلاف ما إذا كان رأسُ المال هو المكيلات والموزونات، فإن إعلامه شرط عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو مرويٌّ عن ابن عُمر رضي الله عنهما، وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس، والمعنى فيه أن هذا مقدَّرٌ يتناوله عقد السلم فلا بد من إعلام قدره كالمسلم فيه.

وتحقيقه: أن جهالة قدر رأس المال يؤدي إلى جهالة المسلم فيه؛ لأن المسلم إليه يُنفق رأس المال شيئًا فشيئًا، ورُبّما يجد بعض ذلك زيوفًا فيرده، فلا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما ردَّه، فإذا لم يكن مقدار رأس المال معلومًا لا يعلم في كم انتقص السلم وفي كم بقي، وإذا كان مقدار رأس المال معلومًا يُوزن المردود فيعلم به في كم انتقص العقد، وما يؤدّي إلى جهالة المسلم فيه يجب الاحتراز عنه وإن كان ذلك موهومًا، ألا ترى أنه لو أسلم في مكيل بمكيال رجل بعينه لا يجوز العقد؛ لأنه يتوهم هلاك ذلك المكيال وهو مخالف لغيره من المكاييل، فإذا هلكَ صار مقدار المسلم فيه مجهولًا، فكذلك هاهُنا يجب التحرز عن هذه الجهالة بإعلام مقدار رأس المال، بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبًا؛ لأن الذرعان في الثوب المعين صفة فلا يتعلق عقد السلم بمقداره إلى آخر ما ذكرنا، كذا في «المبسوط».

قوله: إِذَا كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ، الحَمل: بالفتح مصدر حَمل الشيء، ومنه ما له حَمل ومؤنة، يعنون ما له ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر أو أجرة حمال، وبيانه في لفظ «الأصل» ما له مؤنة في الحمل، كذا في «المغرب».

وإنما قيّد بهذا؛ لأنه إذا لم يكن له حمل ومؤنة فلا خلاف أن بيان مكان الإيفاء ليس

وَقَالا: لا يَحْتَاجُ إِلَى تَسْمِيَةِ رَأْسِ المَالِ إِذَا كَانَ مُعَيَّنًا وَلا إِلَى مَكَانِ التَّسْلِيمِ وَيُسَلِّمُهُ فِي مَوْضِعِ العَقْدِ، فَهَاتَانِ مَسْأَلَتَانِ. وَلَهُمَا فِي الأُولَى أَنَّ المَقْصُودَ يَحْصُلُ بِالإِشَارَةِ فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ وَالأُجْرَةَ وَصَارَ كَالثَّوْبِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ رُبَّمَا يُوجَدُ بَعْضُهَا زُيُوفًا وَلا يَسْتَبْدِلُ فِي المَجْلِسِ،

بشرط، ولكن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في أظهر الروايتين يجب تسليمه في مكان العقد؛ لأنه موضع الالتزام.

وفي رواية أخرى عنهما: أنه يسلم إليه حيث ما لقيه، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله سواء بيَّنا المكان أو لم يبيّنا؛ لأن الشرط الذي ليس بمفيد لا يكون معتبرًا، والمالية فيما لا حمل له ولا مؤنة لا يختلف باختلاف الأمكنة، إنما تختلف لعزة الوجود وكثرة الوجود، وأمَّا فيما له حمل ومؤنة فيختلف ماليَّته باختلاف المكان، وإن الحنطة والحطب موجود في المصر والسوار جميعًا، ثم يشتري في المصر بأكثر ما يشتري به في السواد، وما كان ذلك إلا لاختلاف المكان، كذا في «المبسوط».

قوله: فَهَاتَانِ مَسْأَلَتَانِ، أي: لاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في هاتين المسألتين.

وإنما ذكر هذا؛ ليبيّن أنَّ كل واحدة من المسألتين يحتاج إلى إقامة الدليل من الطرفين بطريق الاستبداد.

قوله: فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ وَالأُجْرَةَ، يعني: إذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع أو الأجرة في الاستئجار، وأشار إليهما ولا يعرف مقدارهما يجوز بالإشارة، فكذا ينبغي أن يكتفى بالإشارة في رأس المال.

قلنا: ما ذكرناه من انفساخ عقد السلم على تقدير الرد، وعدم الاستبدال في مجلس الرد لا يلزم هاهُنا؛ فإن البيع أو عقد الإجارة لا ينفسخ برد الثمن، وترك الاستبدال في مجلس الرد، وكذلك الأجرة، فافترقا من هذا الوجه.

قوله: وَصَارَ كَالثَّوْبِ، أي: إذا جعل الثوب رأس مال السلم يجوز وإن لم يبين ذرعانه.

فَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ قَدْرَهُ لا يَدْرِي فِي كَمْ بَقِيَ أَوْ رُبَّمَا لا يَقْدِرُ عَلَى تَحْصِيلِ المُسْلَمِ فِيهِ فَيَحْتَاجُ إِلَى رَدِّ رَأْسِ المَالِ، وَالمَوْهُومُ فِي هَذَا العَقْدِ كَالمُتَحَقِّقِ لِشَرْعِهِ مَعَ المُنَافِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ رَأْسُ المَالِ ثَوْبًا لِأَنَّ الذَّرْعَ وَصْفٌ فِيهِ لا يَتَعَلَّقُ العَقْدُ عَلَى مِقْدَارِهِ. وَمِنْ فُرُوعِهِ إِذَا أَسْلَمَ فِي جِنْسَيْنِ وَلَمْ يُبَيِّنْ رَأْسَ مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أَوْ أَسْلَمَ جِنْسَيْنِ وَلَمْ يُبَيِّنْ مِقْدَارَ أَحَدِهِمَا.

قوله: فَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ قَدْرَهُ لا يَدْرِي فِي كَمْ بَقِيَ، فإن قيل: في هذا اعتبار لشبهة شبهة الشبهة أو أكثر؛ وذلك لأن وجود بعض رأس المال زيوفًا فيه شبهة واحتمال؛ لأنه يحتمل أن لا يجد زيفًا وهو الظاهر، وبعد الوجود الرد محتمل، وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد محتمل، فالمعتبر هو شبهة الشبهة دون النازل عنها.

قلنا: هذه شبهة واحدة؛ لأن كلًّا منها مبني على وجوده زيفًا فكانت شبهةً واحدةً فيعتبر.

قوله: وَالمَوْهُومُ فِي هَذَا العَقْدِ كَالمُتَحَقِّقِ، كما ذكرنا من عدم جواز عقد السلم في المكيل بمكيال رجل بعينه لوهم الهلاك.

قوله: وَمِنْ فُرُوعِهِ - أي: من فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال - إِذَا أَسْلَمَ فِي جِنْسَيْنِ، إلى أن قال: أَوْ أَسْلَمَ جِنْسَيْنِ، فصورتهما جميعًا مذكورتان في «المبسوط»:

أمَّا الأولى: فهيَ ما إذا أسلم الرجل مائة درهم في كرّ حنطة وكرّ شعير، ولم يبيّن رأس مال كل واحد منهما فلا خير فيه عند أبي حنيفة رحمه الله، وهذا بناء على ما بينا أن إعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقدُ على قدره شرط عنده، وهاهُنا المائة التي ينقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزرُ، فلا يكون مقدار رأس المال لكل واحد منهما معلومًا، وعندهما الإشارة إلى العين يكفي لجواز العقد وقد وجدت.

وأمَّا الثانية: فهي ما إذا أسلم دراهم ودنانير في طعام وقد علم وزن أحدهما ولم يعلم وزن الآخر، فلا خير فيه عند أبي حنيفة رحمه الله، وجائز عندهما؛ لأن إعلام قدر رأس

وَلَهُمَا فِي الثَّانِيَةِ أَنَّ مَكَانَ العَقْدِ يَتَعَيَّنُ لِوُجُودِ العَقْدِ المُوجِبِ لِلتَّسْلِيمِ،

المال عندهما ليست بشرط فالإشارة إلى العين يكفي، وعند أبي حنيفة رحمه الله إعلام القدر فيما يتعلق العقد بقدره شرط، وإذا لم يعلم وزن أحدهما بطل العقد في حصته لانعدام شرط الجواز، فيبطل في حصة الآخر أيضًا لاتحاد الصفقة، أو لجهالة حصة الآخر، والسلم في المجهول لا يصح ابتداءً.

قوله: وَلَهُمَا فِي الثَّانِيَةِ - أي: في المسألة الثانية، وهي: أن بيان مكان التسليم لا يحتاج إليه عندهما - أَنَّ مَكَانَ العَقْدِ يَتَعَيَّنُ لِوُجُودِ العَقْدِ المُوجِبِ لِلتَّسْلِيمِ فيه؛ لأن السبب الموجب للتسليم وهو العقد وجد فيه كما في بيع العين، وأنَّ من باع حنطة بعينها بسواد يجب تسليمها في موضع الحنطة؛ لأنه ملكها في ذلك الموضع؛ ولأن أحد البدلين وهو رأس المال يجب تسليمه في موضع العقد فكذلك البدل الآخر؛ لأن العقد في حكم مكان التسليم مطلق فيقتضي المساواة بين البدلين.

فإن قيل: لو تعيّن مكان العقد لبطل ببيان مكان آخر كما في بيع العين؛ فإنه لو اشترى كرّ حنطة وشرط على البائع الحمل إلى منزله فإن البيع يفسد، سواء اشتراه في المصر أو خارج المصر، أو اشتراه بجنسه، أو بخلاف جنسه، والمسألة في «الذخيرة».

قلنا: لمَّا عين مكانًا آخر بالنص صار أَوْلَى من مكان العقد الذي كنا نعينه بدلالة السلب الموجب للتسليم من غير نصّ، غير أن هذا الشرط يفسد بيعَ العين؛ لأن المشتري يملك العين بالشراء، وإذا شرط عليه حملًا زائدًا فقد اشترط عليه عملًا في ملكه مع ما اشترى العين منه، ثم سمَّى الثمن بإزاء ذلك كله صار ما يقابل الحمل إجارة، فيصير صفقةً في صفقةٍ فيبطل بالشرط الفاسد، ورب السلم لا يملك عينًا قبل القبض فيكون النقل إلى مكان آخر عملًا من البائع في مال نفسه، فلا يصير مؤاجرًا لغيره فلا يصير هذا الشرط صفقة في صفقة فلا يصير فاسدًا، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: فإن قيل: لِمَ قلتم بأن في بيع العين متعين مكان البيع مكانًا للتسليم، والدليل على أنه لا يتعين ما يُروى عن محمد رحمه الله في رجل باع طعامًا، والطعام

وَلِأَنَّهُ لا يُزَاحِمُهُ مَكَانٌ آخَرَ فِيهِ فَيَصِيرُ نَظِيرُ أَوَّلِ أَوْقَاتِ الإِمْكَانِ فِي الأَوَامِرِ فَصَارَ كَالقَرْضِ وَالغَصْبِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ التَّسْلِيمَ غَيْرُ وَاجِبٍ فِي الحَالِّ فَلَا يَتَعَيَّنُ، بِخِلَافِ القَرْضِ وَالغَصْبِ، وَإِذَا لَمْ يَتَعَيَّنْ فَالجَهَالَةُ فِيهِ تُفْضِي

في السواد، وإن كان المشتري يعلم مكان الطعام فلا خيار له، وإن كان لا يعلم فله الخيار، ولو تعين مكان البيع مكانًا للتسليم لما كان له الخيار.

ثم قيل: إنما يجوز البيع إذا كانت خوابي[1] الحنطة في بيت واحد، فإن كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لإفضائه إلى المنازعة؛ لأن المشتري يطالبه بالتسليم في أقرب الأماكن، والبائع يسلمه إليه في أبعد الأماكن، وهذا كله دليل على أن مكان البيع لا يتعين مكانًا للتسليم في بيع العين.

قلنا: مكان البيع يتعيّن مكانًا بالتسليم إذا كان المبيع حاضرًا، والمبيع في السلم حاضر؛ لأنه في ذمة المسلم إليه، والمسلم إليه حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرًا بحضوره، وفي بيع العين إذا كان المبيع حاضرًا في مكان البيع يستحق تسليمه فيه، وإن كان غائبًا يستحق تسليمه في مكانه الذي استحق تسليم الثمن، ثم في السلم يستحق تسليم رأس المال في مكان العقد فيستحق تسليم ما يقابله في ذلك المكان أيضًا تسويةً بينهما بقدر الوسع والإمكان.

قوله: فَيَصِيرُ نَظِيرُ أَوَّلِ أَوْقَاتِ الإِمْكَانِ فِي الأَوَامِرِ، يعني: أن الجزء الأول يتعين لنفس الوجوب بعدم مزاحمة الآخر وإن لم يتعين لوجوب الأداء، والجمع بينهما من حيث عدم مزاحمة الآخر، **كَالقَرْضِ وَالغَصْبِ**، أي: يتعيّن مكان القرض والغصب للتسليم.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ التَّسْلِيمَ غَيْرُ وَاجِبٍ فِي الحَالِّ - أي: في السلم - **فَلَا يَتَعَيَّنُ، بِخِلَافِ القَرْضِ وَالغَصْبِ**؛ وذلك لأن موضع الالتزام إنما يتعين للتسليم بسبب يستحق به التسليم بنفس الالتزام كالقرض والغصب، والاستهلاك والسلم لا يجوز إلا مؤجلًا، فعرفنا أنه لا يستحق التسليم عقيب العقد فيه بحال، وإنما استحقاق التسليم عند

(١) في هامش نسخة عاطف أفندي (عط): خوابي: جمع خابية.

إِلَى الْمُنَازَعَةِ، لِأَنَّ قِيَمَ الأَشْيَاءِ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ المَكَانِ فَلَا بُدَّ مِنَ البَيَانِ، وَصَارَ كَجَهَالَةِ الصِّفَةِ.

وَعَنْ هَذَا قَالَ مَنْ قَالَ مِنَ المَشَايِخِ - رَحِمَهُمُ اللهُ - إِنَّ الِاخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَهُ يُوجِبُ التَّحَالُفَ كَمَا فِي الصِّفَةِ. وَقِيلَ عَلَى عَكْسِهِ لِأَنَّ تَعَيُّنَ المَكَانِ قَضِيَّةُ العَقْدِ عِنْدَهُمَا،

حلول الأجل وعند ذلك لا يدرى أنه في أيّ مكان يكون.

ثم قال: أرأيتَ لو عقد عقد السَّلم في السَّفينة في لجَّة البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الأجل؟ هذا ممَّا لا يقوله عاقل؛ والدليل عليه أن مكان العقد لو تعيّن لتسليم المسلم فيه لم يجز تغييره بالشرط لمكان المبيع في بيع العين، فإنه لو باع حنطة في السواد بشرط أن يسلمها في المصر لا يجوز العقد، ولمَّا جاز هاهُنا لبيان مكان الإيفاء عرفنا أن موضع العقد غير متعيّن.

قوله: وَصَارَ كَجَهَالَةِ الصِّفَةِ، يعني: أن باختلاف الصفة تختلف القيم، فكذلك باختلاف الأمكنة تختلف القيم.

قوله: وَعَنْ هَذَا، أي: وعن اختلاف القيم باختلاف المكان.

قوله: إِنَّ الِاخْتِلَافَ فِيهِ - أي: في المكان - عِنْدَهُ يُوجِبُ التَّحَالُفَ كَمَا فِي الصِّفَةِ، أي: الاختلاف في صفة الثمن أو المثمن يوجب التحالف، بأن اختلفا في جودته وردائته، وقال في الكتاب في باب التحالف من كتاب الدعوى: والاختلاف في وصف الشيء وجنسه بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف.

قوله: وَقِيلَ عَلَى عَكْسِهِ، أي: لا يوجب التحالف عنده، وعندهما يوجب؛ لأن تعيين المكان عندهما لمَّا ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من جملة قضيَّة العقد، والاختلاف فيها يوجب التحالف بالإجماع فيجب أن يكون هاهُنا كذلك، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعين المكان لمَّا لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الأجل، والاختلاف فيه لا يوجب التحالف فكذا هنا.

وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الثَّمَنُ وَالأُجْرَةُ وَالقِسْمَةُ، وَصُورَتُهَا إِذَا اقْتَسَمَا دَارًا وَجَعَلَا مَعَ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا شَيْئًا لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ. وَقِيلَ لا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِي الثَّمَنِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ إِذَا كَانَ مُؤَجَّلًا، وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَعِنْدَهُمَا يَتَعَيَّنُ مَكَانُ الدَّارِ،

قوله: وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الثَّمَنُ وَالأُجْرَةُ وَالقِسْمَةُ، أي: هل يشترط بيان مكان إيفاء الثمن إذا كان له حمل ومؤنة في ثمن بيع العين أم لا؟ فعند أبي حنيفة رحمه الله يشترط، حتى لو لم يبينا مكان إيفاء الثمن ليفسد البيع عنده، وعندهما لا يفسد.

وذكر الإمام قاضي خان، وكذا أيضًا في «المبسوط»: وكل شيءٍ أسلم فيه وله حمل ومؤنة، ولم يبين المكان الذي يوفيه فيه فهو فاسد، وما ليس له حمل ولا مؤنة، ولم يسم المكان فهو جائز، ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: وكذلك ما له حمل ومؤنة يجوز السلم فيه، فإن بينا المكان يتعيّن ذلك المكان وهو قول أبي حنيفة رحمه الله الأول، وهذا الاختلاف في فصول أربعة:

أحدها: السلم وهو الذي ذكرناه.

والثاني: إذا باع عبدًا بحنطة موصوفة في الذمة إلى أجل يشترط بيان مكان الإيفاء لجواز العقد عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يشترط بيان مكان الإيفاء، ومن المشايخ من قال في ثمن المبيع: لا يشترط البيان عند الكل، والصحيح أنه على الخلاف؛ لأن الثمن في البياعات كالأجرة في الإجارات.

والثالث: إذا استأجر دارًا بما له حمل ومؤنة دينًا في ذمته، وعند أبي حنيفة رحمه الله يشترط بيان مكان الإيفاء، وعندهما يتعيّن موضع الدار للإيفاء لا موضع العقد.

والرابع: إذا اقتسما دارًا بينهما واحد أحدهما زيادة على نصيبه، وشرط على نفسه مكيلًا أو موزونًا دينًا في الذمة له حمل ومؤنة، عند أبي حنيفة رحمه الله يشترط بيان مكان الإيفاء، وعندهما لا يشترط.

وَمَكَانُ تَسْلِيمِ الدَّابَّةِ لِلْإِيفَاءِ.

قَالَ: (وَمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ لا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى بَيَانِ مَكَانِ الإِيفَاءِ بِالإِجْمَاعِ) لِأَنَّهُ لا تَخْتَلِفُ قِيمَتُهُ (وَيُوفِيهِ فِي المَكَانِ الَّذِي أَسْلَمَ فِيهِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَهَذِهِ رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالبُيُوعِ. وَذَكَرَ فِي الإِجَارَاتِ أَنَّهُ يُوفِيهِ فِي أَيِّ مَكَان شَاءَ، وَهُوَ الأَصَحُّ لِأَنَّ الأَمَاكِنَ كُلَّهَا سَوَاءٌ، وَلا وُجُوبَ فِي الحَالِّ. وَلَوْ عَيَّنَا مَكَانًا، قِيلَ لا يَتَعَيَّنُ لِأَنَّهُ لا يُفِيدُ، وَقِيلَ يَتَعَيَّنُ لِأَنَّهُ يُفِيدُ سُقُوطَ خَطَرِ الطَّرِيقِ، وَلَوْ عَيَّنَ المِصْرَ فِيمَا لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ يُكْتَفَى بِهِ لِأَنَّهُ مَعَ تَبَايُنِ أَطْرَافِهِ كَبُقْعَةٍ وَاحِدَةٍ فِيمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَلا يَصِحُّ السَّلَمُ حَتَّى يَقْبِضَ رَأْسَ المَالِ قَبْلَ أَنْ يُفَارِقَهُ فِيهِ) أَمَّا إِذَا كَانَ مِنَ

قوله: وَمَكَانُ تَسْلِيمِ الدَّابَّةِ لِلْإِيفَاءِ، يعني: إذا استأجر الدابة وجعل أجرتها مقدارًا من الحنطة يجب إيفاء الحنطة في الموضع الذي سلم الآجرُ الدابة إلى المستأجر.

قوله: وَمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ، مثل الزعفران وصغار اللؤلؤ، قيل: لا يتعين؛ لأنه لا يفيد؛ لأنه لا يلزمه بنقله مؤنة، ولا تختلف ماليته باختلاف الأمكنة.

قوله: كَبُقْعَةٍ وَاحِدَةٍ فِيمَا ذَكَرْنَا، وهو أنه لا تختلف قيمته باختلاف المحلة، وعن هذا قالوا: من دفع ماله مضاربة إلى رجل ليعمل بالكوفة، وله أن يعمل به في أيّ مكان، وفي أيّ محلة كانت بالكوفة، وكذلك لو استأجر دابة ليعمل عليها بالكوفة فالإجارة جائزة.

قوله: وَلا يَصِحُّ السَّلَمُ حَتَّى يَقْبِضَ رَأْسَ المَالِ - أي: لا يبقى صحيحًا بعد وقوعه على الصحة إذا لم يوجد قبض رأس المال في مكان العقد - قَبْلَ أَنْ يُفَارِقَهُ فِيهِ، أي: قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين عن الآخر بدنًا لا مكانًا، حتى لو مشى العاقدان فرسخًا بعد العقد ولم يقبض المسلم إليه رأس المال، لا يبطل العقد إذا لم يوجد مفارقة أحدهما من الآخر قبل القبض، بل لو مشيا فرسخًا ثم سلّم قبل أن يفارقه صح التسليم، كذا في «المبسوط» وغيره.

النُّقُودِ فَلِأَنَّهُ افْتِرَاقٌ عَنْ دَيْنٍ بِدَيْنٍ، وَقَدْ «نَهَى النَّبِيُّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنِ الكَالِئِ بِالكَالِئِ وَإِنْ كَانَ عَيْنًا»، فَلِأَنَّ السَّلَمَ أَخْذُ عَاجِلٍ بِآجِلٍ، إِذِ الإِسْلَامُ وَالإِسْلَافُ يُنْبِئَانِ عَنِ التَّعْجِيلِ فَلَا بُدَّ مِنْ قَبْضِ أَحَدِ العِوَضَيْنِ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الِاسْمِ،

كلأَ الدين كلوءًا: أي: تأخَّر من حد منعَ، ومنه: «نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الكَالِئِ بِالكَالِئِ».

وذكر في «المبسوط»: وأمَّا تعجيل رأس المال فنقول: إذا كان رأس المال دراهم أو دنانير يكون التعجيل شرطًا قياسًا واستحسانًا؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينا في العقود فيكون هذا بيع الدين بالدين وذلك لا يجوز؛ لنهي النبي صلَّى الله عليه وسلَّم عن بيع الكالئ بالكالئ، أي: النسيئة بالنسيئة.

فأمَّا إذا كان رأس المال عروضًا فهل يكون التعجيل شرطًا؟ القياس أن لا يكون شرطًا، وفي الاستحسان يكون شرطًا، وجه القياس أن العروض سلعة تتعين في العقود بخلاف الدراهم، فلو لم يشترط التعجيل لما يؤدي إلى بيع الدين بالدين، وجه الاستحسان أَنَّ السَّلَمَ أَخْذُ عَاجِلٍ بِآجِلٍ، والمسلم فيه آجل، فوجب أن يكون رأس المال عاجلًا ليكون حكمه ثابتًا على ما يقتضيه الاسم لغةً، كالصرف، والحوالة، والكفالة، فإن هذه العقود تثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغةً.

قوله: وَإِنْ كَانَ عَيْنًا، فهو كالثوب والحيوان، وهذا الذي ذكرنا هو مذهبنا، وقال مالك رحمه الله: يجوز عقد السلم وإن لم يقبض رأس المال يومًا أو يومين بعد أن لا يكون مؤجلًا بمنزلة الثمن في البيع، فإنه لا يشترط قبضه في المجلس إلا أن يكون حالًّا؛ لأن ما يقابله مؤجل، والنسيئة بالنسيئة حرام، ولا ينعدم صفة الحلول بترك القبض فيه يومًا أو يومين.

ولكنا نقول: السَّلَمُ أَخْذُ عَاجِلٍ بِآجِلٍ، فيشترط كون أحد البدلين فيه معجلًا كما يشترط أن يكون الآخر مؤجلًا، ليتوفَّر على هذا العقد مقتضاه، والتعجيل إنما يحصل بالقبض في المجلس، فكان ينبغي أن يشترط اقتران القبض بالعقد فإنه أتمّ ما يكون من التعجيل، ولكن

وَلِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ تَسْلِيمِ رَأْسِ المَالِ لِيَتَقَلَّبَ المُسْلَمُ إِلَيْهِ فِيهِ فَيَقْدِرُ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَلِهَذَا قُلْنَا: لا يَصِحُّ السَّلَمُ إِذَا كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ لَهُمَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ يَمْنَعُ تَمَامَ القَبْضِ لِكَوْنِهِ مَانِعًا مِنَ الِانْعِقَادِ فِي حَقِّ الحُكْمِ، وَكَذَا لا يَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ؛

الشرع جعل ساعات المجلس كحالة العقد تيسيرًا كما في عقد الصرف.

قوله: لِيَتَقَلَّبَ المُسْلَمُ إِلَيْهِ فِيهِ فَيَقْدِرُ عَلَى التَّسْلِيمِ، أي: اشترط قبض رأس المال في المجلس لينصرف المسلم إليه في رأس المال، فيقدر المسلم إليه على تسليم المسلم فيه.

قوله: وَلِهَذَا قُلْنَا، إيضاح لاشتراط القبض المستفاد من **قوله:** وَلِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ تَسْلِيمِ رَأْسِ المَالِ.

قوله: إِذَا كَانَ فِيهِ، أي: في السلم.

قوله: لِأَنَّهُ - أي: لأن خيار الشرط - يَمْنَعُ تَمَامَ القَبْضِ؛ لأن الخيار يمنع الملك فيمنع صحة تمام القبض وإنه شرط بالإجماع.

قوله: لِكَوْنِهِ مَانِعًا مِنَ الِانْعِقَادِ فِي حَقِّ الحُكْمِ، أي: لكون خيار الشرط مانعًا من انعقاد العقد في حق الحكم وهو ثبوت الملك، فيكون مانعًا لما هو مبنيٌّ على الملك وهو القبض.

وهذا بخلاف الاستحقاق، فإن رأس المال إذا وجد مستحقًّا لم يمنع الاستحقاق تمام القبض، حتى لو افترق بعد القبض ثم أجاز المالك صحَّ العقد وإن كان الاستحقاق يمنع الملك؛ لأن امتناع الملك ليس بقضية السبب فإن السبب وجد مطلقًا لا مانع فيه، وإنما امتناع الملك لتعلق حق ثالث، فإذا أجاز المالك التحقت الإجازة بحالة العقد، وبقاء حقّه قبل الإجازة لا يمنع صحة القبض الذي يتم به العقد كما لا يمنع عن انعقاد العقد عليه، أمَّا خيار الشرط فيُعدم الملك، ويجعل العقد في حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار، فكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض، وعدم قبض رأس المال في المجلس مبطل للسلم فاشتراط الخيار فيه أَوْلَى؛ وهذا لأن القبض حكم العقد وقد صار العقد بشرط الخيار في حق الحكم كالمتعلق، والمعلق بالشرط معدوم قبله، وعن هذا قلنا أن إعتاق المشتري

لِأَنَّهُ غَيْرُ مُفِيدٍ، بِخِلَافِ خِيَارِ العَيْبِ لِأَنَّهُ لا يَمْنَعُ تَمَامَ القَبْضِ وَلَوْ أُسْقِطَ خِيَارُ الشَّرْطِ

لا يتوقف، أي: لا يصح أصلًا إذا كان في البيع خيار للبائع، وإعتاق المشتري من الفضولي يتوقف، وبهذا يتبين أن القبض لا يتم بخيار الشرط فالافتراق قبل تمام القبض مبطل للعقد، كذا في «الإيضاح»، و«المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ غَيْرُ مُفِيدٍ، أي: لأن خيار الرؤية في السلم غير مفيد فائدته؛ لأن فائدة خيار الرؤية الفسخ بحكم خيار الرؤية والفسخ بخيار الرؤية لا يثبت في السلم؛ وذلك لأنه متى رد المقبوض بخيار الرؤية لا ينفسخ السلم، لأن الفسخ لم يرد على عين ما تناوله العقد، فإن العقد لم يتناول هذا المقبوض بعينه، وإنما يتناول مثله دينًا في الذمة فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه إلى مثله، فإذا لم يفسد لا يثبت، وفي بيع العين ينفسخ بالرد بخيار الرؤية فيفيد فائدته فيثبت، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

وحاصله أن رد المسلم فيه لا يوجب الفسخ؛ لأنه لو رد بخيار الرؤية كان الواجب في ذمته كما كان؛ لأن هذا عين، وما وجب في ذمة المسلم إليه بعقد السلم دين فكان المقبوض غير المبيع، وخيار الرؤية ثابت في المبيع لا في غير المبيع.

فإن قلتَ: يشكل على هذا الاستصناع فإن ذلك دين في ذمة الصانع، ومع ذلك كان للمستصنع خيار الرؤية على ما يجيء، فعلى ما ذكرتَ من الوجه بأن خيار الرؤية ثابت في المبيع بالنص لا في غير المبيع ينبغي أن لا يثبت فيه خيار الرؤية.

قلتُ: لا نسلم ذلك، بل المعقود عليه في الاستصناع هو العين لا الدين على ما يجيء في مسألة الاستصناع إن شاء الله تعالى.

قوله: وَكَذَا لا يَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ، أي: لا يثبت خيار الرؤية في المسلم فيه دون رأس المال، فإن خيار الرؤية أو خيار العيب في رأس المال لا يفسد السلم؛ لأنه لا يمنع ثبوت الملك، كذا في «التحفة».

قوله: وَلَوْ أُسْقِطَ خِيَارُ الشَّرْطِ قَبْلَ الِافْتِرَاقِ وَرَأْسُ المَالِ قَائِمٌ جَازَ، وإنما قيَّد بقيام رأس المال؛ لأنه إذا كان هالكًا وقت إسقاط الخيار بأن أنفقه حتى صار دينًا عليه لم يصح

قَبْلَ الِافْتِرَاقِ وَرَأْسُ المَالِ قَائِمٌ جَازَ خِلَافًا لِزُفَرَ، وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ (وَجُمْلَةُ الشُّرُوطِ جَمَعُوهَا فِي قَوْلِهِمْ: إِعْلَامُ رَأْسِ المَالِ، وَتَعْجِيلُهُ، وَإِعْلَامُ المُسْلَمِ فِيهِ، وَتَأْجِيلُهُ، وَبَيَانُ مَكَانِ الإِيفَاءِ، وَالقُدْرَةُ عَلَى تَحْصِيلِهِ، فَإِنْ أَسْلَمَ مِائَتَي دِرْهَمٍ فِي كُرِّ حِنْطَةٍ مِائَةٌ مِنْهَا دَيْنٌ عَلَى المُسْلَمِ إِلَيْهِ، وَمِائَةٌ نَقْدٌ فَالسَّلَمُ فِي حِصَّةِ الدَّيْنِ بَاطِلٌ) لِفَوَاتِ

العقد بإسقاط الخيار؛ لأن ابتداء العقد برأس مال هو دين لا يجوز، فكذلك إتمامه بإسقاط الخيار، كذا في «المبسوط».

قوله: وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ، وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل الحلول ينقلب جائزًا عندنا، خلافًا لزفر رحمه الله.

وقوله: إِعْلَامُ رَأْسِ المَالِ، مشتمل على بيان جنسه، وقدره، وصفته.

قوله: وَالقُدْرَةُ عَلَى تَحْصِيلِهِ، بأن كان موجودًا من وقت العقد إلى حين المحلّ.

قوله: فَإِنْ أَسْلَمَ مِائَتَي دِرْهَمٍ فِي كُرِّ حِنْطَةٍ مِائَةٌ مِنْهَا دَيْنٌ عَلَى المُسْلَمِ إِلَيْهِ، وَمِائَةٌ نَقْدٌ فَالسَّلَمُ فِي حِصَّةِ الدَّيْنِ بَاطِلٌ، وإنما قيَّد بقوله: مِائَةٌ مِنْهَا دَيْنٌ عَلَى المُسْلَمِ إِلَيْهِ؛ لأن المائة لو كانت دينًا على الأجنبي والمسألة بحالها يشيع الفساد في الكل على ما يجيء.

ثم المسألة على وجهين: إمَّا أن أطلق العقد بأن قال: أسلمتُ إليك مائتي درهم في كر حنطة ولم يضف إلى الدين، ثم جعلا مائة من رأس المال قصاصًا بالدين، فهذا لا يشكل بأن الفساد لا يشيع في الكل؛ لأن الفساد طارئ والفساد الطارئ لا يفسد العقد، كما إذا باع عبدين ثم مات أحدهما قبل القبض كان الباقي مبيعًا بالبيع بالحصة طارئًا.

وأمَّا إذا قيد بأن أضاف السلم إلى ذلك الدين فقال: أسلمتُ إليك مائتي درهم في كر حنطة مائة منها الدين الذي عليك فكذلك؛ لأن الدراهم لا تتعين في العقود إذا كانت عينًا، فلا تتعين إذا كانت دينًا، ولهذا لو اشترى من رجل شيئًا بدين له عليه ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد، وإذا لم يتعيّن الدين كانت الإضافة إلى الدين والإطلاق فيه سواء.

القَبْضِ (وَيَجُوزُ فِي حِصَّةِ النَّقْدِ) لِاسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِهِ وَلَا يَشِيعُ الفَسَادَ لِأَنَّ الفَسَادَ طَارِئٌ، إِذِ السَّلَمُ وَقَعَ صَحِيحًا، وَلِهَذَا لَوْ نَقَدَ رَأْسَ المَالِ قَبْلَ الِافْتِرَاقِ صَحَّ إِلَّا أَنَّهُ يَبْطُلُ بِالِافْتِرَاقِ لِمَا بَيَّنَّا، وَهَذَا لِأَنَّ الدَّيْنَ لَا يَتَعَيَّنُ فِي البَيْعِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ تَبَايَعَا

فإن قيل: ما ذكرتم منتقض بمسائل ثلاث:

إحداها: أن الرجل إذا قال: إن بعت هذا العبد بهذا الكر وبهذه الدراهم فهما في المساكين صدقة، فباعه بهما يحنث فيه ويلزمه التصدق بالكر، وهذا آية تعيّن النقود في العقود.

والثانية: أن الرجل إذا باع دينارًا بعشرة فنقد الدينار ولم يقبض العشرة حتى اشترى بالعشرة ثوبًا فالبيع فاسد.

والثالثة: إذا باع عينًا بدين وهما يعلمان أن لا دين فالبيع فاسد، ولو كان الإطلاق والتقييد سواء لجاز العقدان، ولما حنث في المسألة الأولى.

قلنا: أمَّا الأولى فنحن ندعي أن النقود لا يتعين في العقود، أي استحقاقًا لا جوازًا فلا يلزم؛ لأنها يتعين جوازًا لا استحقاقًا.

وأمَّا الثالثة: فلأن البيع إنما لم يجز لمكان التهازل بالبيع؛ لأن هذا بيع بلا ثمن فيكون منهما تهازلًا به وهي تتعين في حق الجواز.

وهكذا نقول في المسألة الثانية، انتقاض الصرف باختلاف المجلس بالاشتغال بالعقد الآخر، فيتحقق البيع بلا ثمن فيمتنع الجواز باعتبار التهازل، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وقيل: هذا إذا أسلم مائتين مطلقًا ثم قاصًا المائة بما عليه، فأما إذا قال: أسلمتُ مائة الدين وهذه المائة النقد، بطل العقد فيهما عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن حصة الدين بطل العقد فيها، وقد جعل حصته شرطًا في الباقي فبطل الجميع، والصحيح أن الجواب فيهما واحد؛ لأن العقد لا يتقيد بالدين، وإن قيّد به بدليل أنه لو اشترى عَيْنًا بِدَيْنٍ ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لَا دَيْنَ لَا يَبْطُلُ العقد، إلا إذا كانا يعلمان عدم الدين كان فاسدًا؛ لأنه بيع بلا ثمن، بخلاف المائة على ثالث حيث يشيع الفساد؛ لأنَّها ليست بمال في حقهما، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

عَيْنًا بِدَيْنٍ ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لا دَيْنَ لا يَبْطُلُ البَيْعُ فَيَنْعَقِدُ صَحِيحًا.

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ وَالمُسْلَمِ فِيهِ قَبْلَ القَبْضِ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِمَا فِيهِ مِنْ تَفْوِيتِ القَبْضِ المُسْتَحَقِّ بِالعَقْدِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ المُسْلَمَ فِيهِ مَبِيعٌ وَالتَّصَرُّفُ فِي المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ لا يَجُوزُ (وَلا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَالتَّوْلِيَةُ فِي المُسْلَمِ

وهذا الذي ذكرنا من أصل المسألة كله عندنا، وعن زفر رحمه الله: أن العقد في الكل باطل، أمَّا في حصة الدين فلنهي النبي صلَّى الله عليه وسلَّم عن الكالئ بالكالئ، وهذا فساد قويّ تمكن في البعض فيفسد به الكل باعتبار أنه جعل قبول العقد في الدين شرطاً للقبول في حصة العين وهذا شرط فاسد، ومذهبنا مرويّ عن ابن عباس رضي الله عنهما، ثم يعتبر البعض بالكل في الدين والعين جميعًا، وحقيقة المعنى أن العقد انعقد صحيحًا في الكل، حتى لو نقد جميع المائتين في المجلس كان العقد صحيحًا؛ لما أن العقد لا يتعلق بالدين المضاف إليه وإنما يتعلق بجنسه إلى آخره، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي رَأْسِ الْمَالِ، إلى أن قال: وَلا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَالتَّوْلِيَةُ، فصورة الشركة أن يشرك آخر معه في المسلم فيه، وإنه بيع بعض المبيع قبل القبض، وصورة التولية ظاهرة.

فإن قيل: فأيّ فائدة في تخصيص الشركة والتولية بعد ما ذكر الأعم منهما وهو **قوله:** وَلا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ وَالمُسْلَمِ فِيهِ قَبْلَ القَبْضِ.

قلنا: إن أحدًا لا يشتري المسلم فيه مرابحةً لكونه دينًا، ولا وضيعة لكونها ضررًا ظاهرًا، فلو اشترى إنَّما يشتريه بمثل ما اشتراه ربّ السلم رغبة في كله وهو التولية، أو في بعضه وهو الشركة، فلذلك خصّهما بالذكر لتصوّر التصرف فيهما من هذا الوجه.

ووجدتُ بخط شيخي رحمه الله: وإنما وضع هذه المسألة في التولية لنوع إشكال، وذلك أن من العلماء من يجوز التولية في بعض العين والسلم قبل القبض وقال: التولية إقامة معروف فإنه يُوَلِّي غيره ما تَولى، فوضع المسألة فيها ليبيّن أن ذا ليس بشيء؛ لأن التولية بيع

فِيهِ) لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِيهِ (فَإِنْ تَقَايَلَا السَّلَمَ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنَ الْمُسْلَمِ إِلَيْهِ بِرَأْسِ المَالِ شَيْئًا حَتَّى يَقْبِضَهُ كُلَّهُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا تَأْخُذْ إِلَّا سَلَمَكَ أَوْ رَأْسَ مَالِكَ» أَيْ عِنْدَ الفَسْخِ، وَلِأَنَّهُ أَخَذَ شَبَهًا بِالمَبِيعِ فَلا يَحِلُّ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الإِقَالَةَ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ، وَلا يُمْكِنُ جَعْلَ المُسْلَمِ

إلا أنه بمثل الثمن الأول.

وفي «المبسوط»: لا يستطيع رب السلم أن يبيع ما أسلم فيه قبل القبض؛ لأن المسلم فيه مبيع وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز؛ لأنه لمَّا بعث رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم عتاب بن أُسيد رضي الله عنه قاضيًا وأميرًا قال: «أنههم عن أربعة: عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمنوا، وعن شرطين في بيع[1]، وعن بيع وسلف»، ولأن العين أقبل للتصرف من الدين، ثم المبيع العين إذا كان منقولًا لا يجوز التصرف فيه قبل القبض لبقاء الغرر في الملك المطلق للتصرف، فإذا كان دينًا أوْلَى وذلك الغرر هاهُنا قائم، فإن الدين يُتوى بفوات محله، يعني: إذا مات المديون مفلسًا، ولهذا يبطل الحوالة.

وكما لا يبيع المسلم فيه قبل القبض لا يُشرك فيه شريكًا ولا تولية أحدًا؛ لأن التولية تمليك ما ملك بمثل ما ملك به، والإشراك تمليك نصف ما ملك بمثل نصف ما ملكه، فكما لا يجوز هذا التصرف منه في الكل لا يجوز في البعض.

قوله: «لا تَأْخُذْ إِلَّا سَلَمَكَ - أي: المسلم فيه، أي: لا تأخذ إلا المسلم فيه حال بقاء العقد - أَوْ رَأْسَ مَالِكَ»، أي: عند الفسخ.

قوله: وَهَذَا لِأَنَّ الإِقَالَةَ بَيْعٌ جَدِيدٌ، هذا التعليل لبيان أن رأس المال أخذ شبه المبيع، فوجه الاستدلال بهذا هو أن الإقالة بيعٌ جديدٌ في حق الثالث وهو حق الشرع هنا، ولا بد

---

(١) في هامش نسخة عاطف أفندي (عط): قوله: وعن شرطين، تفسيره ما ذكر قبيل هذا في «المبسوط»: بأن قال رب السلم للمسلم إليه: إن أعطيتني إلى شهر فكذا، وإن أعطيتني إلى شهرين فكذا، فهو فاسد لجهالة المعقود عليه قدرًا، فإن مثل هذه الجهالة في بيع العين تمنع جواز وجود العقد ففي السَّلم أوْلَى.

فِيهِ مَبِيعًا لِسُقُوطِهِ فَجَعَلَ رَأْسَ المَالِ مَبِيعًا لِأَنَّهُ دَيْنٌ مِثْلُهُ، إِلَّا أَنَّهُ لا يَجِبُ قَبْضُهُ فِي المَجْلِسِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي حُكْمِ الِابْتِدَاءِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ،

للبيع من وجود المعقود عليه لا محالة، ثم بعد ذلك هاهُنا لا يخلو: إمَّا أن يكون رأس المال هو المعقودَ عليه أو المسلمَ فيه، لا يجوز أن يكون المسلم فيه هو المعقود عليه؛ لأن المسلم فيه انعدم هاهُنا؛ لأن ذلك كان دينًا في ذمة المسلم إليه وقد سقط بالإقالة، وقد ذكرنا أن قيام المعقود عليه شرط صحة البيع إلى وقت القبض، فلمَّا سقط المسلم فيه هاهُنا بالإقالة فقد هلك المبيع قبل القبض فتبطل الإقالة حينئذٍ، كما يبطل البيع بهلاك المعقود عليه قبل القبض، وقد صحَّت الإقالة هنا فلا بدَّ أن يقال بقيام المعقود عليه، وليس ذلك إلا رأس المال لسقوط المسلم فيه.

قوله: لِأَنَّهُ دَيْنٌ مِثْلُهُ، أي: لأن رأس المال دين مثل المسلم فيه، والمسلم فيه يصلح أن يكون مبيعًا مع كونه دينًا، فكذلك رأس المال ينبغي أن يكون يصلح لكونه مبيعًا بعد الإقالة مع كونه دينًا بالطريق الأَوْلَى؛ وذلك لأن عقد السلم ابتداءً بيع من كل وجه، وقد صلح الدين وهو المسلم فيه لكونه مبيعًا، فالإقالة التي هي بيع من وجه؛ لأنه بيع في حق الثالث لا في حق المتعاقدين، وجبَ أن يصلح الدين وهو رأس المال لكونه مبيعًا أَوْلَى.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لا يَجِبُ قَبْضُهُ فِي المَجْلِسِ، أي: إلا أن رأس المال لا يجب قبضه بعد الإقالة في مجلس الإقالة، هذا الاستثناء لجواب شبهة وهي: أنه لمَّا ذكر أن الإقالة بمنزلة بيع جديد كانت إقالة بيع المسلم بمنزلة بيع السلم، وفي بيع السلم كان قبض رأس المال في مجلس البيع شرطًا، فيجب أن يكون قبض رأس المال بعد الإقالة في مجلس الإقالة شرطًا قياسًا لحكم الانتهاء بالابتداء، فأجاب عنه بهذا وقال: لا يشترط قبض رأس المال في مجلس الإقالة وإن كان يشترط قبضه في ابتداء عقد السلم.

قوله: لِأَنَّهُ، أي: لأن الإقالة على تأويل تصرف الإقالة أو عقدها، أي: لأن تصرف الإقالة في كونه بيعًا ليس في حكم ابتداء عقد السلم؛ لأن ذلك بيع من كل وجه في حق الكل وهذا فسخ في حق المتعاقدين، فليس من ضرورة اشتراط القبض في البيع من كل وجه اشتراط

وَفِيهِ خِلَافُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ.

القبض في البيع من وجه دون وجه؛ وذلك لأن اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن بيع الكالئ بالكالئ، والمسلم فيه سقط بالإقالة فلا يتحقق فيه بيع الكالئ بالكالئ فلا يشترط القبض، وحاصله أن رأس المال بعد الإقالة صار بمنزلة المسلم فيه والقبض ليس بشرط للمسلم فيه، فكذا في حقّ رأس المال السلم، وكذلك رأس المال بعد الإقالة صارَ نظيرَ المسلم فيه من حيث حرمة الاستبدال عندنا.

قوله: **وَفِيهِ خِلَافُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ**، أي: وفي جعل رأس المال مبيعًا بعد الإقالة خلاف زفر، هو يقول: بعد الإقالة صار رأس المال دينًا في ذمة المسلم إليه، فكما يجوز الاستبدال بسائر الديون فكذا بهذا الدين، والدليل على أنه ملحق بعد الإقالة بسائر الديون عدم استحقاق القبض في المجلس، يعني: كما أن سائر الديون لا يستحق قبضه في المجلس فكذا لا يستحق قبض رأس المال في مجلس الإقالة، علمنا أنه ملحق بسائر الديون فيجوز الاستبدال بسائر الديون، فكذا هنا.

وما ذكره قياس، والذي قاله علماؤنا استحسان، وقالوا: لا يجوز الاستبدال برأس المال للحديث المعروف: «لَا تَأْخُذْ إِلَّا سَلَمَكَ أَوْ رَأْسَ مَالِكَ»، ولو استبدل كان آخذًا شيئًا آخر غير رأس المال، وغير المسلم فيه، وذلك غير جائز.

ثم حال ربّ السلم مع المسلم إليه بعد الفسخ كحال المسلم إليه مع رب السلم حال قيام العقد قبل قبض رأس المال، فكما لا يجوز الاستبدال هناك فكذلك لا يجوز هاهُنا، فاعتبرنا حال الفسخ بحال العقد في المنع من الاستبدال، كذا في «المبسوط».

قوله: **وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ**، وهو قوله: **وَهَذَا لِأَنَّ الإِقَالَةَ بَيْعٌ جَدِيدٌ**، إلى آخره.

وذكر في «المبسوط» حاصل هذا فقال: وإن تتاركا السلم ورأس المال ثوب، وهلك عند المسلم إليه فعليه قيمته ولا تبطل الإقالة، وكذلك لو تتاركا بعد هلاكه، ثم قال: وهذه فصول أربعة:

أحدها: أن يشتري عينًا بدراهم فتقابضا ثم تقايلا، ثم هلك المبيع قبل الرد بطلت

قَالَ: (وَمَنْ أَسْلَمَ فِي كُرِّ حِنْطَةٍ فَلَمَّا حَلَّ الأَجَلُ اشْتَرَى المُسْلَمُ إِلَيْهِ مِنْ رَجُلٍ كُرًّا

الإقالة سواء كان الثمن قائمًا أو هالكًا؛ لأن الإقالة رفع للعقد وإنما يرفع العقد من المحل الوارد عليه، ومحل العقد المعقود عليه والمعقود عليه المبيع دون الثمن فإن الثمن معقود به، ولهذا شرط قيام الملك في المبيع عند العقد دون الثمن، فإذا كان المبيع هالكًا عند الإقالة فالإقالة باطلة لفوات محلها، وكذلك إذا هلك بعد الإقالة قبل الرد؛ لأن العارض من هلاك المحل بعد الإقالة قبل الرد كالمقترن بالإقالة، ألا ترى أن هلاك المعقود عليه بعد العقد قبل القبض مبطل للعقد، ويجعل كالمقترن بالعقد.

والثاني: لو تبايعا عبدًا بجارية وتقابضا ثم تقايلا ثم هلك أحدهما بقيت الإقالة؛ لأن ابتداء الإقالة بعد هلاك أحد العوضين صحيح، فإن كل واحد منهما معقود عليه بدليل أنه يشترط به قيام الملك في العوضين جميعًا للمتعاقدين بخلاف الثمن، ألا ترى أن بعد هلاك أحدهما يمكن فسخ العقد بردِّ الآخر بالعيب فكذلك الإقالة، فإذا جاز ابتداء الإقالة بعد هلاك أحدهما فكذلك يبقى الإقالة وعليه رد قيمة الهلاك؛ لأن القيمة قائمة مقام العين، ولو هلكا جميعًا بعد الإقالة قبل الرد بطلت الإقالة؛ لأن ابتداء الإقالة بعد هلاكهما باطل، أو لم يبق شيء من المحل الذي تناوله العقد فكذلك لا تبقى الإقالة بعد هلاكهما.

والثالث: إذا تقايلا السلم ورأسُ المال عين فهلك بعد الإقالة لم تبطل الإقالة؛ لأن ابتداء الإقالة بعد هلاك رأس المال صحيح، فإن السلم بمنزلة بيع المقايضة؛ لأن المسلم فيه مبيعٌ معقودٌ عليه فجازت الإقالة بعد هلاك ما يقابله، وإذا بقيت الإقالة فعليه رد قيمة رأس المال لتعذر رد العين مع بقاء السبب الموجب له، والقول قول المطلوب في مقدار القيمة إذا اختلفا؛ لأن الطالب يدَّعي عليه زيادة وهو منكر لتلك الزيادة.

والرابع: الصرف فإنَّهما لو تصارفا دينارًا بعشرة دراهم وتقابضا، وهلك البدلان جميعًا ثم تقايلا، أو تقايلا ثم هلك البدلان قبل التراد جازت الإقالة؛ لأن المعقود عليه ما استوجب كل واحد منهما في ذمة صاحبه، ألا ترى أن بعد الإقالة لا يلزمه رد المقبوض بعينه، ولكن إن شاء ردَّه، وإن شاء ردَّ مثله، فلا يكون هلاك المقبوض مانعًا صحة الإقالة، وقد ذكرنا بعض هذا في مسائل الإقالة.

وَأَمَرَ رَبَّ السَّلَمِ بِقَبْضِهِ قَضَاءً لَمْ يَكُنْ قَضَاءً، وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ لَهُ ثُمَّ يَقْبِضَهُ لِنَفْسِهِ فَاكْتَالَهُ لَهُ ثُمَّ اكْتَالَهُ لِنَفْسِهِ جَازَ) لِأَنَّهُ اجْتَمَعَتِ الصَّفْقَتَانِ بِشَرْطِ الكَيْلِ فَلَا بُدَّ مِنَ الكَيْلِ مَرَّتَيْنِ لِنَهْيِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ

قال الأزهري: الكُرُّ: ستون قفيزًا، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف، كذا في «المغرب».

قوله: لَمْ يَكُنْ قَضَاءً، أي: إذا ألحقه، ولفظ شروح «الجامع الصغير»: وأمر رب السلم أن يقبضه منه قبضًا لحقه فاقتضاه رب السلم لا يكون اقتضاءً حتى يكيله مرَّتين.

قوله: اجْتَمَعَتِ الصَّفْقَتَانِ، إحداهما: صفقة عقد السلم، والثانية: هي الصفقة التي جرت بين المسلم إليه وبائعه.

هذا على ما اقتضاه لفظ الكتاب، وأمَّا على تقدير صاحب «الفوائد»: والصفقة الثانية هي الصفقة التقديرية بين المسلم إليه وبين رب السلم، والأولى هي صفقة المسلم إليه من بايعه فقال: قد تحقق هاهُنا صفقتان بشرط الكيل، صفقة جرت بين المسلم إليه وبايعه، وصفقة أخرى جرت بين المسلم إليه وربّ السلم؛ لأن المسلم إليه يصير بائعًا ما اشترى من رب السلم.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: المقبوض في باب السلم غير المسلم فيه حقيقة؛ لأن العقد تناول دينًا في الذمة والعين غير الدين، فباعتبار هذه الحقيقة لم يكن المقبوض عينَ ما تناوله العقدُ، فلا بدَّ من طريق يجعل بذلك الطريق كأنه عين المعقود عليه، وذلك بأن يجعل عند القبض كأنَّهما جدَّدا ذلك العقدَ على المقبوض، وهو معنى قول المتقدمين للقبض في باب السلم: حكم عقد جديد؛ وذلك لأن المسلم إليه حين عقدَ عقدَ السلم صار بائعًا دينًا.

وإنما يصير بائعًا للعين عند اقتضاء رب السلم، إلا أن هذا العين جُعل عينَ حقِّه حكمًا حتى لا يصير مستبدلًا للعين، أمَّا فيما وراء ذلك فهو كالبائع عند الاقتضاء، وإذا صار المسلم إليه بائعًا من رب السلم وجدت الصفقتان بشرط الكيل، فيستحق على رب السلم كيلان؛ لأن كل واحدة من هاتين الصفقتين صفقة بشرط الكيل؛ لأن المسلم إليه اشترى الكرّ، وهو

فِيهِ صَاعَانِ، وَهَذَا هُوَ مَحْمَلُ الحَدِيثِ عَلَى مَا مَرَّ، وَالسَّلَمُ وَإِنْ كَانَ سَابِقًا لكِنْ قَبْضُ المُسْلَمِ فِيهِ لاحِقٌ وَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ البَيْعِ لِأَنَّ العَيْنَ غَيْرُ الدَّيْنِ حَقِيقَةً وَإِنْ جَعَلَ عَيْنَهُ فِي حَقِّ حُكْمٍ خَاصٍّ وَهُوَ حُرْمَةُ الِاسْتِبْدَالِ فَيَتَحَقَّقُ البَيْعُ بَعْدَ الشِّرَاءِ،

اسم لأربعين قفيزًا أو ستين قفيزًا على ما ذكرنا، فيكون هذا شراء بشرط الكيل، وكذلك عقد السلم؛ لأنه أسلم في كرّ.

قوله: وَهَذَا هُوَ مَحْمَلُ الحَدِيثِ عَلَى مَا مَرَّ، وهو ما ذكر في الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية بقوله: وَمَحْمَلُ الحَدِيثِ اجْتِمَاعُ الصَّفْقَتَيْنِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ.

وقوله: وَالسَّلَمُ وَإِنْ كَانَ سَابِقًا لكِنْ قَبْضُ المُسْلَمِ فِيهِ لاحِقٌ، جواب سؤال مقدر بأن يقال: إن بيع المسلم إليه مع رب السلم كان سابقًا على شراء المسلم إليه من بائعه، فلا يكون المسلم إليه بائعًا بعد الشراء فلم يجتمع الصفقتان، فلا يدخل تحت النهي، فأجاب عنه بهذا وقال: نعم كذلك هو سابق إلا أنه في التقدير لاحق، فتجتمع الصفقتان في التقدير وإن لم تجتمع في التحقيق، وبيان الاجتماع ما ذكرنا.

والدليل أيضًا على أن للقبض في باب السلم حكم عقد جديد، قال في «الزيادات»: لو أسلم إلى رجل مائة درهم في كر حنطة، ثم اشترى المسلم إليه من رب السلم كرّ حنطة بمائتي درهم إلى سنة فقبضه، فلمّا حل السلم أعطاه ذلك الكرّ لم يجز؛ لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وإنما يكون كذلك إذا جعلا عند القبض كأنّهما جدّدا العقد عليه، وإذا صار المسلم إليه بائعًا من رب السلم وجدت الصفقتان بشرط الكيل، فيستحق على رب السلم كيلان: كيل لصفقة جرت بين المسلم إليه وبائعه، وكيل لصفقة جرت بين المسلم إليه ورب السلم بعد شراء المسلم إليه من بائعه.

قوله: وَإِنْ جَعَلَ عَيْنَهُ - إنْ هذه للوصل، أي: وإن جعل المقبوض عين الدين - فِي حَقِّ حُكْمٍ خَاصٍّ، أي: دعت الضرورة إلى جعل المقبوضة عينَ الدين كيلا يتحقق الاستبدال فيجعل عينَه لتلك الضرورة، فأمّا في الحكم الذي لا ضرورة فيه فيعمل بالحقيقة، وهي أن

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَلَمًا وَكَانَ قَرْضًا فَأَمَرَهُ بِقَبْضِ الكُرِّ جَازَ لِأَنَّ القَرْضَ إِعَارَةٌ، وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الإِعَارَةِ فَكَانَ المَرْدُودُ عَيْنَ المَأْخُوذِ مُطْلَقًا حُكْمًا فَلَا تَجْتَمِعُ الصَّفْقَتَانِ.
قَالَ: (وَمَنْ أَسْلَمَ فِي كُرٍّ فَأَمَرَ رَبُّ السَّلَمِ أَنْ يَكِيلَهُ المُسْلَمُ إِلَيْهِ فِي غَرَائِرِ رَبِّ السَّلَمِ فَفَعَلَ وَهُوَ غَائِبٌ لَمْ يَكُنْ قَضَاءً) لِأَنَّ الأَمْرَ بِالكَيْلِ لَمْ يَصِحَّ لِأَنَّهُ لَمْ يُصَادِفْ

العين غير الدين، فحينئذٍ يَتَحَقَّقُ البَيْعُ بَعْدَ الشِّرَاءِ، أي: يتحقق بيع المسلم إليه من رب السلم بعد شراء المسلم إليه من بائعه.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَلَمًا وَكَانَ قَرْضًا، أي: لو كان المسلم إليه مستقرضًا، يعني: إذا استقرض كرًّا ثم اشترى المستقرض كرًّا من الغير ثم أمر المقرِضَ بقبض ذلك الكرّ جاز ويكتفى بكيل واحد.

قوله: لِأَنَّ القَرْضَ إِعَارَةٌ؛ لأنه لو لم يكن كذلك يلزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة وهو ربـًا، ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض؛ لأن التأجيل في العواري لا يلزم فيكون المقبوض عين ما في ذمته حكمًا، فلا يتحقق الصفقتان بشرط الكيل.

وذكر الإمام قاضي خان: فأمَّا إذا كان أحد الدينين قرضًا بأن كان على الرجل كرّ من سلم فاستقرض المسلم إليه كرًّا من رجل، وأمر ربّ السلم بقبضه من المقرض أيضًا، وإن كان على الرجل كرّ قرض فاشترى المستقرض إلى آخره، كما ذكرنا يكتفى بكيل واحد، ثم قال: والفرق بين القرض والسلم أن عقد السلم يوجب الكيل والقرض لا يوجب الكيل؛ لأنه عقد مساهلة، والتفاوت اليسير لا يفضي إلى المنازعة، ولهذا لو استقرض من إنسان حنطة على أنَّها عشرة أقفزة كان له أن يتصرف فيها قبل الكيل فيكتفى بكيل واحد، وكذلك لو اشترى المسلم إليه حنطة مجازفة، أو استفاد من أرضه، أو بميراث، أو هبة، أو وصية، وأوفاه ربّ السلم وكالة بمحضر منه يكتفى بكيل واحد؛ لأنه لم يوجد إلا عقد واحد وهو السَّلم.

قوله: فَفَعَلَ وَهُوَ غَائِبٌ، أي: وكالَ المسلم إليه الكرّ في غرائر رب السلم ورب السلم غائب لم يكن قبضًا، حتى لو هلك يهلك من مال المسلم إليه، هذا إذا لم يكن في غرائر السلم

مِلْكَ الآمِرِ، لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الدَّيْنِ دُونَ العَيْنِ فَصَارَ المُسْلَمُ إلَيْهِ مُسْتَعِيرًا لِلْغَرَائِرِ مِنْهُ وَقَدْ جَعَلَ مِلْكَ نَفْسِهِ فِيهَا فَصَارَ كَمَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَرَاهِمَ دَيْنٍ فَدَفَعَ إلَيْهِ كِيسًا لِيَزِنَهَا المَدْيُونُ فِيهِ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا. وَلَوْ كَانَتِ الحِنْطَةُ مُشْتَرَاةً وَالمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا صَارَ قَابِضًا لِأَنَّ الأَمْرَ قَدْ صَحَّ حَيْثُ صَادَفَ مِلْكَهُ لِأَنَّهُ مَلَكَ العَيْنَ بِالبَيْعِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَمَرَهُ بِالطَّحْنِ كَانَ الطَّحِينُ فِي السَّلَمِ لِلْمُسْلَمِ إلَيْهِ وَفِي الشِّرَاءِ لِلْمُشْتَرِي لِصِحَّةِ

طعام رب السلم، فأمَّا إذا كان في الغرائر طعام لرب السلم وكاله فيه بأمره قيل: لا يصير قابضًا هاهُنا؛ لما ذكرنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير.

قال رضى الله عنه: والأصح عندي أنه يصير قابضًا هاهُنا؛ لما ذكرنا أن أمره بخلط طعام السَّلم بطعامه على وجه لا يمكن التميز معتبر فيصير بهذا الخلط قابضًا، وهو مثل ما ذكرنا في كتاب الصرف: لو دفع إلى صانع نصف درهم وقال: زد من عندك نصف درهم، وضع لي منهما خاتمًا ففعل ذلك جاز وصار بالخلط قابضًا له، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ كَانَتِ الحِنْطَةُ مُشْتَرَاةً، فإنه لو اشترى حنطة بعينها ودفع غرائره إلى البائع وقال: اجعلها في غرائري، ففعل والمشتري حاضر أو غائب يصير قابضًا.

والفرق أن في شراء العين أمرُ المشتري بالكيل صادفَ ملكَ نفسه؛ لأنه ملك الطعامَ بنفس العقد فصح الأمر، وإذا صح الأمرُ صار البائع وكيلًا في إمساك الغرائر فبقيت الغراير في يد المشتري حكمًا، فما وقع فيه يصير في يد المشتري، حتى لو كانت الغرائر للبائع رُويَ عن محمد رحمه الله أنه لا يصير قابضًا، أمَّا في السلم أمرُ رب السلم بالكيل صادف ملكَ المسلم إليه؛ لأن السلم دين في الذمة، وإنما يتعين في الاستيفاء فلم يصح، فبقي المسلم إليه عاملًا في ملك نفسه ويصير مستعيرًا للغرائر، فلا يصير رب السلم قابضًا.

قوله: أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَمَرَهُ بِالطَّحْنِ كَانَ الطَّحِينُ - أي: الدقيق - فِي السَّلَمِ لِلْمُسْلَمِ إلَيْهِ، ولا يكون لرب السلم أن يقبضه؛ لأنه حينئذٍ يصير مستبدلًا، كذا في «المبسوط»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان.

الأَمْرِ، وَكَذَا إذَا أَمَرَهُ أَنْ يَصُبَّهُ فِي البَحْرِ فِي السَّلَمِ يَهْلَكُ مِنْ مَالِ المُسْلَمِ إلَيْهِ وَفِي الشِّرَاءِ مِنْ مَالِ المُشْتَرِي، وَيَتَقَرَّرُ الثَّمَنُ عَلَيْهِ لِمَا قُلْنَا، وَلِهَذَا يُكْتَفَى بِذَلِكَ الكَيْلِ فِي الشِّرَاءِ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ فِي الكَيْلِ وَالقَبْضِ بِالوُقُوعِ فِي غَرَائِرِ المُشْتَرِي، وَلَوْ أَمَرَهُ فِي الشِّرَاءِ أَنْ يَكِيلَهُ فِي غَرَائِرِ البَائِعِ فَفَعَلَ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا لِأَنَّهُ اسْتَعَارَ غَرَائِرَهُ وَلَمْ يَقْبِضْهَا فَلا تَصِيرُ الغَرَائِرُ فِي يَدِهِ، فَكَذَا مَا يَقَعُ فِيهَا، وَصَارَ كَمَا لَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَكِيلَهُ وَيَعْزِلَهُ فِي نَاحِيَةٍ مِنْ بَيْتِ البَائِعِ لِأَنَّ البَيْتَ بِنَوَاحِيهِ فِي يَدِهِ فَلَمْ يَصِرِ المُشْتَرِي قَابِضًا. وَلَوِ اجْتَمَعَ الدَّيْنُ وَالعَيْنُ وَالغَرَائِرُ لِلْمُشْتَرِي،

قوله: وَلِهَذَا يُكْتَفَى بِذَلِكَ الكَيْلِ فِي الشِّرَاءِ فِي الصَّحِيحِ، هذا احتراز عما قيل بأنه لا يكتفى بكيل واحد تمسكًا بظاهر ما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «أنه نَهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان: صاع البائع، وصاع المشتري».

قوله: لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ فِي الكَيْلِ - أي: لأن البائع نائب عن المشتري في الكيل - **وَالقَبْضِ بِالوُقُوعِ فِي غَرَائِرِ المُشْتَرِي**، أي: القبض يتحقق ويثبت بالوقوع في غرائر المشتري، كأنَّ هذا جواب إشكال بأن يقال: إن البائع مُسلم فكيف يكون متسلمًا وقابضًا.

قوله: لِأَنَّهُ اسْتَعَارَ غَرَائِرَهُ وَلَمْ يَقْبِضْهَا؛ لأن العارية تبرّع فلا يتم هي بدون القبض فلم يصر المشتري قابضًا؛ لأنه مستعير لم يقبض.

ولو اشترى حنطة بعينها وخلى البائع بينها وبين المشتري في بيت البائع، فعلى قول أبي يوسف لا يصير قابضًا كما في السلم، وعلى قول محمد يصير قابضًا، كذا في «الفوائد».

قوله: وَلَوِ اجْتَمَعَ الدَّيْنُ وَالعَيْنُ وَالغَرَائِرُ لِلْمُشْتَرِي، إلى آخره، صورته: رجل أسلم في كرّ حنطة فلمَّا حل الأجلُ اشترى ربُّ السلم كرّ حنطة أخرى بعينها من المسلم إليه، ودفع المشتري وهو ربُّ السلم الغرائرَ إلى المسلم إليه وهو البائع لأَنْ يجعل المسلم إليه هذا الكرّ المسلم فيه والكرّ المشترى في تلك الغرائر، فالحال لا يخلو: إمَّا أن يجعل الكرّ المسلم فيه

إنْ بَدَأَ بِالعَيْنِ صَارَ قَابِضًا، أَمَّا العَيْنُ فَلِصِحَّةِ الأَمْرِ فِيهِ، وَأَمَّا الدَّيْنُ فَلِاتِّصَالِهِ بِمِلْكِهِ وَبِمِثْلِهِ يَصِيرُ قَابِضًا، كَمَنِ اسْتَقْرَضَ حِنْطَةً وَأَمَرَهُ أَنْ يَزْرَعَهَا فِي أَرْضِهِ، وَكَمَنْ دَفَعَ إِلَى صَائِغٍ خَاتَمًا وَأَمَرَهُ أَنْ يَزِيدَهُ مِنْ عِنْدِهِ نِصْفَ دِينَارٍ، وَإِنْ بَدَأَ بِالدَّيْنِ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا، أَمَّا الدَّيْنُ فَلِعَدَمِ صِحَّةِ الأَمْرِ، وَأَمَّا العَيْنُ فَلِأَنَّهُ خَلَطَهُ بِمُلْكِهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَصَارَ مُسْتَهْلِكًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَيُنْتَقَضُ البَيْعُ، وَهَذَا الخَلْطُ غَيْرُ

وهو المراد بالدَّين أولًا في الغرائر، ثم يجعل الكر المشترى وهو المراد بالعين على الكرّ المسلم فيه، أو على العكس.

قوله: إنْ بَدَأَ بِالعَيْنِ صَارَ قَابِضًا، أي: إن بدأ البائع وهو المسلم إليه يجعل الكر المشترى في الغرائر، ثم يجعل الكر المسلم فيه على ذلك الكر المشترى صار المشتري قابضًا لهما جميعًا.

قوله: أَمَّا العَيْنُ، أي: أمَّا صحة قبض العين وهو الكر المشترى؛ لأن الأمر قد صحَّ وكان فعل المأمور كفعل الآمر، فإن قلنا: أن الآمر قد صح؛ لأنه يملك الكر المعين بمجرد الشراء، فكان فعل المأمور مصادفًا ملكَ الآمر فيصح أمره في ملكه فيصير قابضًا بفعل المأمور.

قوله: وَأَمَّا الدَّيْنُ، أي: وأمَّا صحة قبض الدين وهو الكرّ المسلم فيه؛ لأنه لما صبَّه على الكر المشترى صار هو متصلًا بملك المشتري، فيصح القبض بمثله على ما ذكر في الكتاب.

قوله: وَإِنْ بَدَأَ بِالدَّيْنِ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا، أي وإن بدأ المسلم إليه بجعل المسلم فيه أولًا في غرائر رب السلم، ثم بجعل الكر المشترى عليه لم يصر المشتري قابضًا لهما.

قوله: أَمَّا الدَّيْنُ - أي: أمَّا عدم صحة قبض الدين - فَلِعَدَمِ صِحَّةِ الأَمْرِ؛ لما ذكر أن أمره لم يصادف ملك الآمر؛ لأن حق رب السلم في الدين لا في العين وهذا عين فلا يكون حقه، فكان المأمور بجعل الدين في الغرائر متصرفًا في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الآمر، فلا يكون الآمر بذلك قابضًا لذلك.

قوله: وَهَذَا الخَلْطُ غَيْرُ مَرْضِيٍّ بِهِ، هذا جواب سؤال مقدَّر ذكر ذلك السؤال في

مَرْضِيٌّ بِهِ مِنْ جِهَتِهِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ الْبُدَاءَةَ بِالعَيْنِ وَعِنْدَهُمَا هُوَ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ نَقَضَ البَيْعَ وَإِنْ شَاءَ شَارَكَهُ فِي المَخْلُوطِ لِأَنَّ الخَلْطَ لَيْسَ بِاسْتِهْلَاكٍ عِنْدَهُمَا.

«الفوائد الظهيريَّة» وقال:

فإن قيل: الخلط حصل بإذن المشتري فينبغي أن لا ينتقض البيع، قلنا: إن الخلط على هذا الوجه لِمَ قلتَ بأنه حصل بإذن المشتري؟ بل الخلط على وجه يصير الآمر قابضًا حصل بإذنه وهو ما إذا بدأ بالعين.

وجعل الإمام قاضي خان ما ذكر من جواب الكتاب قول محمد فقال: وفي قول أبي يوسف رحمهم الله: إذا كال الدين أولًا ثم كال العين بعده صار قابضًا للدين ضرورة اتصاله بملكه، كما لو كال العين أولًا ثم الدين، وعند محمد: إن كال العين أولًا يصير قابضًا لهما، وإن كان الدين أولًا يصير قابضًا للعين دون الدين؛ لأنه لمَّا كال الدين أولًا لم يملكه المشتري وبقي على ملك البائع وصار مستعيرًا من المشتري، فإذا كال العين بعده فقد خلط البائع ملك المشتري بملك نفسه فلا يبرأ عن الدين، وإنما يصير قابضًا العينَ في هذه الصورة؛ لأنه بالخلط صار مستهلكًا للعين بإذنه.

بخلاف الصورة الأولى؛ لأنه لمَّا كال العين أولًا صار العين مسلمًا إلى المشتري، فإذا كال الدين بعده فقد خلط الدين بملك المشتري فيصير المشتري قابضًا، كما لو استقرض كرًّا من طعام وأمر المقبوض بأن يزرعها فزرع يصير المستقرض قابضًا.

قوله: وَكَمَنْ دَفَعَ إِلَى صَائِغٍ خَاتَمًا، يعني: لو دفع خاتمًا أو دينارًا إلى صائغ وأمره بأن يزيد من عنده نصف دينار ويصوغ له حليًا بذلك جاز، ويصير قابضًا للنصف بحكم اتصاله بملكه.

فإن قيل: يشكل هذا بالصباغ، فإنه إذا صبغ الثوبَ بعد ما استؤجر عليه فالمستأجر وهو صاحب الثوب لا يصير قابضًا مع وجود مثل هذا الاتصال، فلم صار قابضًا فيما نحن فيه باعتباره، قلنا: المعقود عليه في الإجارة الفعل وهو الصبغ لا العين وهو الصبغ؛ لأن العين لا يستحق على الأجر بعقد الإجارة، والفعل أعني به الصبغ لا يجاوز الفاعل ولا يتعداه؛ لأنه من قبيل الأعراض، والأعراض لا انتقال لها عن محالها فلم يكن المعقود عليه متصلًا

قَالَ: (وَمَنْ أَسْلَمَ جَارِيَةً فِي كُرِّ حِنْطَةٍ وَقَبَضَهَا المُسْلَمُ إِلَيْهِ ثُمَّ تَقَايَلَا فَمَاتَتْ فِي يَدِ

بالثوب فلا يصير قابضًا.

فإن قيل: ينبغي أن لا يصير قابضًا؛ لأن البائع لا يصلح نائبًا عن المشتري في القبض ألا ترى أنه لو وكّله بذلك نصًّا لا يصح.

قلنا: الأمر بالقبض هنا ثبت ضمنًا لا قصدًا، والشيء يجوز أن يثبت ضمنًا وإن كان لا يثبت قصدًا كما في قوله: أعتق عبدك عنِّي على ألف درهم حيث يثبت، فإن البيع هنا ثبت ضمنًا للأمر بالإعتاق وإن كان لا يثبت قصدًا، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَمَنْ أَسْلَمَ جَارِيَةً فِي كُرِّ حِنْطَةٍ، إلى آخرها، وقد ذكرنا هذه المسألة في هذا الباب، الأصل في جنس هذه المسائل ما ذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: أن في بيع المقايضة وهو بيع ما يتعين بما يتعين هلاك أحدهما لا يمنع ابتداء الإقالة ولا بقاؤها، وهلاكها يمنع الإقالة ابتداءً وبقاءً، في بيع المساومة وهو بيع ما يتعين بما لا يتعين هلاك الثمن لا يمنع الإقالة ابتداءً وبقاءً، وهلاك العرض يمنع الإقالة ابتداءً وبقاءً، والمعنى في ذلك أن الإقالة صحتها بقيام العقد؛ لأنَّها فسخ للعقد وإبطال له، وإبطال العقد بدون العقد لا يكون، وفي المقايضة العقد قائم بقيام أحد العوضين؛ لأن قيام العقد عند قيامهما؛ لأن أحدهما لا يتعين لإضافة القيام إليه، وإذا كان قيام العقد بقيامهما لا يبطل العقد بهلاك أحدهما؛ لما عرف أن الثابت بالبينتين لا يزول بزوال أحدهما، فيكون قائمًا بقيام أحدهما فتصح الإقالة، وفي بيع ما يتعين بما لا يتعين قيام العقد بما يتعين؛ لأن ما يتعين له ضرب مزية على ما لا يتعين؛ لأن ما يتعين مال حقيقةً وحكمًا، وما لا يتعين مال حكمًا لا حقيقة؛ لأنه دين، ولهذا لو قال: مالي في المساكين صدقة، وله ديون على مليء ومفلس لا تدخل، وإذا كان ما يتعين مخصوصًا بضرر مزيَّة على ما لا يتعين لا بدَّ من إبانة هذه المزية، ولا يمكن إبانتها حالة الانعقاد لافتقار الانعقاد إليها فيجب إبانتها حالة البقاء، فبقينا العقد ببقائه فصحت الإقالة باعتبار بقائه ابتداءً وبقاءً، وفي بيع ما لا يتعين بما لا يتعين وهو الصرف يصح الإقالة، وإن هلكا أو هلك أحدهما بخلاف المقايضة، وقد ذكرنا وجهه في هذا الباب منقولًا من «المبسوط».

قوله: فَمَاتَتْ فِي يَدِ المُشْتَرِي، أي: المسلم إليه، وإنَّما سمَّاه مشتريًا نظرًا إلى اشتراء

الْمُشْتَرِي فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ قَبْضِهَا، وَلَوْ تَقَايَلَا بَعْدَ هَلَاكِ الجَارِيَةِ جَازَ) لِأَنَّ صِحَّةَ الإِقَالَةِ تَعْتَمِدُ بَقَاءَ العَقْدِ وَذَلِكَ بِقِيَامِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَفِي السَّلَمِ المَعْقُودُ عَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ المُسْلَمُ فِيهِ فَصَحَّتِ الإِقَالَةُ حَالَ بَقَائِهِ، وَإِذَا جَازَ ابْتِدَاءً فَأَوْلَى أَنْ يَبْقَى انْتِهَاءً، لِأَنَّ البَقَاءَ أَسْهَلُ، وَإِذَا انْفَسَخَ العَقْدُ فِي المُسْلَمِ فِيهِ انْفَسَخَ فِي الجَارِيَةِ تَبَعًا فَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّهَا وَقَدْ عَجَزَ فَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ قِيمَتِهَا (وَلَوِ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ تَقَايَلَا فَمَاتَتْ فِي يَدِ المُشْتَرِي بَطَلَتِ الإِقَالَةُ، وَلَوْ تَقَايَلَا بَعْدَ مَوْتِهَا فَالإِقَالَةُ

الجارية بالحنطة التي هي دين، وكانت الجارية هي المبيع من كل وجه.

قوله: وَلَوْ تَقَايَلَا بَعْدَ هَلَاكِ الجَارِيَةِ جَازَ، والقول في القيمة قول المطلوب، والبيّنة بينة الطالب وهو رب السلم، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَفِي السَّلَمِ المَعْقُودُ عَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ المُسْلَمُ فِيهِ؛ - لأنه مبيع، لما رُوِيَ عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «أنه نَهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم»، جعل المسلم فيه مبيعًا ورأس المال بمنزلة الثمن - فَصَحَّتِ الإِقَالَةُ، في المسلم فيه.

وإذا انفسخ في المسلم فيه ينفسخ في رأس المال ضرورة فيجب عليه رد الجارية، وقد عجز عن ردِّها بحكم الهلاك مع قيام الموجب للرد فيعدم قيمتها، كذا ذكره الإمام قاضيخان.

قوله: وَإِذَا جَازَ ابْتِدَاءً فَأَوْلَى أَنْ يَبْقَى انْتِهَاءً، أي: وإذا جازت الإقالة بعد هلاك الجارية في المسألة الثانية فلأَن يبقى الإقالة قبل هلاك الجارية في الأُولى بالطريق الأَوْلى.

فإن قيل: ينبغي أن لا يصح الإقالة بعد هلاك الجارية؛ لأن الجاريةَ بعد الهلاك صارت بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب قيمتها دينًا في الذمة، والمسلم فيه أيضًا قد سقط بالإقالة فصارا بمنزلة هلاك العوضين في بيع المقايضة، وذلك يمنع الإقالة هناك فكذا هنا، وذلك أنه إذا هلك أحد العوضين في المقايضة ثم تقايلا ثم هلك الآخر يبطل الإقالة.

قلنا: في المقايضة الرد واجب بعد الإقالة، وهلاك المبيع قبل القبض يوجب فسخ

بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي البَيْعِ إِنَّمَا هُوَ الجَارِيَةُ فَلَا يَبْقَى العَقْدُ بَعْدَ هَلَاكِهَا فَلَا تَصِحُّ الإِقَالَةُ ابْتِدَاءً وَلَا تَبْقَى انْتِهَاءً لِانْعِدَامِ مَحِلِّهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ بَيْعِ المُقَايَضَةِ حَيْثُ تَصِحُّ الإِقَالَةُ وَتَبْقَى بَعْدَ هَلَاكِ أَحَدِ العِوَضَيْنِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ فِيهِ. قَالَ: (وَمَنْ أَسْلَمَ إِلَى رَجُلٍ دَرَاهِمَ فِي كُرِّ حِنْطَةٍ فَقَالَ المُسْلَمُ إِلَيْهِ شَرَطْتُ رَدِيئًا وَقَالَ رَبُّ السَّلَمِ لَمْ تَشْتَرِطْ شَيْئًا فَالقَوْلُ قَوْلُ المُسْلَمِ إِلَيْهِ) لِأَنَّ رَبَّ السَّلَمِ مُتَعَنِّتٌ

العقد، وفي السَّلم قامت قيمة الجارية مقام الجارية فلم يكن رد عين الجارية واجبًا، فكان قيام القيمة بمنزلة قيام الجارية فصار بمنزلة بقاء أحد العوضين في بيع المقايضة، فهناك يصح الإقالة فيه فكذا هنا.

قوله: وَمَنْ أَسْلَمَ إِلَى رَجُلٍ دَرَاهِمَ فِي كُرِّ حِنْطَةٍ فَقَالَ المُسْلَمُ إِلَيْهِ شَرَطْتُ رَدِيئًا، إلى آخره، الأصل في هذه المسائل أنَّهما إذا اختلفا في الصحة، فإن خرج كلامُ أحدهما مخرج التعنت كان باطلًا وكان القول قولَ من يدعي الصحة، وإن خرج مخرج الخصومة قال أبو حنيفة رحمه الله: القول قول من يدعي الصحةَ أيضًا إذا اتفقا على عقد واحد، وإن كان خصمه هو المنكر، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله: القول قول المنكر وإن أنكر الصحة.

والْمُتَعَنِّتُ: لغة من يتطلب العَنَت، وهو وقوع الإنسان فيما لا يستطيع الخروج عنه، قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، قال الزجاج رحمه الله: أي لأهلككم، والإهلاك: إيقاع فيما لا يستطيع الخروج عنه.

والمراد بالتعنت شرعًا: من ينكر ما ينفعه، والمخاصم من ينكر ما بصره، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: فَالقَوْلُ قَوْلُ المُسْلَمِ إِلَيْهِ؛ لأنهما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف، فمن يدَّعيه يدعي صحة العقد فكان الظاهر شاهدًا له؛ لأن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بوصف الصحة دون الفساد، والقول قول من يشهد له الظاهر؛ لأنه أقرب إلى الصدق، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

فِي إِنْكَارِهِ الصِّحَّةَ لِأَنَّ المُسْلَمَ فِيهِ يَرْبُو عَلَى رَأْسِ المَالِ فِي العَادَةِ، وَفِي عَكْسِهِ قَالُوا: يَجِبُ أَنْ يَكُونَ القَوْلُ لِرَبِّ السَّلَمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ يَدَّعِي الصِّحَّةَ وَإِنْ كَانَ صَاحِبُهُ مُنْكِرًا. وَعِنْدَهُمَا القَوْلُ لِلْمُسَلَّمِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ وَإِنْ أَنْكَرَ

قوله: لِأَنَّ المُسْلَمَ فِيهِ يَرْبُو عَلَى رَأْسِ المَالِ فِي العَادَةِ، فإن قيل: لا نسلم، بل رأس المال خير وإن قلَّ من المسلم فيه وإن جلَّ؛ لما أن رأس المال نقد والمسلم فيه نسئية، وقد قيل: عصفور في يدي خير من كركي في الهواء[1]، وفي المثل السائر: النقد خير من النسيئة.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن ذلك متروك هنا بالعرف والعادة، فإن الناس مع وفور عقلهم يُقْدِمُون في عقد السلم، وما ذلك إلا لفائدة زائدة رأَوْها فيه، فكان فيه إِلْغَاءُ مزية النقدية بمقابلة زيادة فائدة رأوها في المسلم فيه مع كونه نسيئة، وإنما ذكر ربا المسلم فيه لإثبات المعادلة بينه وبين رأس المال؛ لأن المسلم فيه وإن كان أكثر مالية عادةً إلا أنه آجل، ورأس المال وإن كان أقل مالية إلا أنه عاجل، والعاجل خير من الآجل فينجبر قصور كل واحد منهما لوفور كل واحد منهما فيتعادلان، ثم ربّ السلم متعنت لإنكاره الصحة، وقول المتعنت مردود فكان القول قول المسلم إليه.

وذكر الإمام شمس الأئمة السرخسي: فالقول قول المسلم إليه؛ لأنه هو الذي يلتزم الطعام بعقد السلم، فالقول قوله في بيان صفة ما التزمه، ثم اتفاقهما على أصل العقد يكون اتفاقًا منهما على ما هو شرط جواز العقد، ومن شرط جوازه بيان صفة الطعام، فقول رب السلم لم يسم صفة الطعام يكون رجوعًا عما أقرّ به وسعيًا في نقض ما تمَّ به.

قوله: وَفِي عَكْسِهِ، يعني: لو كان رب السلم يدَّعي بيان الوصف والمسلم إليه ينكر، لم يذكر هذا في الكتاب وينبغي أن يكون على الاختلاف، على قول أبي حنيفة رحمه الله: القول قول من يدعي الصحة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: القول قول المسلم إليه،

---

(١) وقال الحكيم لقمان لابنه: «عصفور في قِدْرِكَ خيرُ مِنْ ثورٍ في قِدْرِ غيرك»، انظر: «الأمثال والحكم» للماوردي (ص: ١٩٤).

الصِّحَّةَ، وَسَنُقَرِّرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى (وَلَوْ قَالَ الْمُسْلَمُ إِلَيْهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَجَلٌ وَقَالَ رَبُّ السَّلَمِ بَلْ كَانَ لَهُ أَجَلٌ فَالقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ السَّلَمِ) لِأَنَّ الْمُسْلَمَ إِلَيْهِ مُتَعَنِّتٌ فِي إِنْكَارِهِ حَقًّا لَهُ وَهُوَ الأَجَلُ، وَالفَسَادُ لِعَدَمِ الأَجَلِ غَيْرُ مُتَيَقَّنٍ لِمَكَانِ الِاجْتِهَادِ،

كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قوله: وَسَنُقَرِّرُهُ مِنْ بَعْدُ، وهو قوله بعده بخطوط: **الْقَوْلُ لِرَبِّ السَّلَمِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ يُنْكِرُ حَقًّا لَهُ عَلَيْهِ**، إلى آخره.

قوله: لِأَنَّ الْمُسْلَمَ إِلَيْهِ مُتَعَنِّتٌ؛ لأنه ينكر ما ينفعه.

قوله: وَالفَسَادُ لِعَدَمِ الأَجَلِ غَيْرُ مُتَيَقَّنٍ، هذا جواب سؤال مقدر.

وقال الإمام قاضي خان رحمه الله: والقول قول رب السلم، وهذا استحسان، والقياس أن يكون القول قول الآخر، وعلى هذا النكاح والإجارة، وكل عقد إذا ادَّعى أحدهما فساد العقد في القياس يكون القول قول مدعي الفساد؛ لأنه ينكر استحقاق موجب العقد الجائز، فكان القول قوله.

ولأن المسلم فيه لمَّا كان يربو على رأس المال لا يكون منكر لزوم قول شيءٍ هو زائد في المالية على ما يقابله متعنتًا.

ولكنا نقول: القول قول رب السلم وهو استحسان؛ لأنَّهما اتفقا على عقد واحد واختلفا في الصحة والفساد، فيقبل قول من يدعي الصحة؛ لأن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة، فالإقرار بالعقد إقرار بموجب العقد الجائز ظاهرًا فلا يقبل إنكاره بعد ذلك.

وأمَّا تفسير ما ذكر في الكتاب من الجواب هو أن فساد السلم بسبب ترك ذكر الأجل فساد مجتهد فيه، وإن سلم الحال جائز عند الشافعي رحمه الله، فلمَّا لم يكن فساده قطعيًا عند ترك الأجل لم يلزم من إنكار الأجل رد رأس المال فلا يكون النفع حاصلًا للمسلم إليه بهذا الإنكار من كل وجه، فلم يعتبر نفع رد رأس المال فلذلك كان متعنتًا لإنكاره النفع الظاهر وهو الأجل؛ لأن كونه مؤجلًا نفعٌ له ليقدر في ذلك الوقت على تحصيل المسلم فيه.

فَلَا يُعْتَبَرُ النَّفْعُ فِي رَدِّ رَأْسِ الْمَالِ، بِخِلَافِ عَدَمِ الْوَصْفِ، وَفِي عَكْسِهِ الْقَوْلُ لِرَبِّ السَّلَمِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ يُنْكِرُ حَقًّا لَهُ عَلَيْهِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَإِنْ أَنْكَرَ الصِّحَّةَ كَرَبِّ الْمَالِ إِذَا قَالَ لِلْمُضَارِبِ شَرَطْتُ لَكَ نِصْفَ الرِّبْحِ إِلَّا عَشَرَةَ،

قوله: بِخِلَافِ عَدَمِ الْوَصْفِ، أي: لو قال المسلم إليه: شرطتُ لك رديًّا، وقال رب السلم: لم تشترط شيئًا، وهي المسألة الأولى، كان القول قول المسلم إليه؛ لأن فساد السلم بسبب ترك الوصف متيقَّن به غير مجتهد فيه، فكان رب السلم هناك متعنتًا.

قوله: وَفِي عَكْسِهِ، بأن ادعى المسلم إليه الأجل ورب السلم ينكره.

وقوله: كَرَبِّ الْمَالِ إِذَا قَالَ لِلْمُضَارِبِ شَرَطْتُ لَكَ نِصْفَ الرِّبْحِ إِلَّا عَشَرَةَ، هذا هو الصواب من النسخة، ووقع في بعض النسخ: شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة، وهذا ليس بصحيح؛ لأن على ذلك التقدير كان القول قول المضارب، وفي صورة الاستثناء كان القول قول رب المال، والمقيس والمقيس عليه في هذه المسألة في شروح «المبسوط»، وشروح «الجامع الصغير»، للإمام قاضي خان، والتمرتاشي، و«الفوائد الظهيريَّة»، و«التتمة» وغيرها بلفظ الاستثناء؛ لما ذكرنا أن في صورة لفظ الاستثناء كان القول قول رب المال، وفي قوله: وزيادة عشرة، كان القول للمضارب بالإجماع.

وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله الفرقَ بين المضاربة وبين المتنازع فيه من طرف أبي حنيفة رضي الله عنه في «مبسوطه» فقال: ولا يلزم المضاربة؛ لأن في المتنازع فيه اتفقا على عقد واحد، وفي المضاربة ما اتفقا بل اختلفا، فرب المال ادَّعى الإجارة، فإن المضاربة متى فسدت صارت إجارة فاسدة، وإذا جازت كانت شركة، فادَّعى المضارب المضاربة والشركة، وأنكر رب المال ذلك وأقرَّ له بالإجارة فيكون القول لرب المال، وهاهُنا اتفقا على عقد واحد وهو السلم، فإن السلم للحال سلم فاسد وليس بعقد آخر، ألا ترى أنه يحنث به في حلفه: لا يسلم، فقد اتفقا في عقد واحد واختلفا في جوازه وفساده، فكان القول لمدعي الجواز.

فإن قيل: هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال: شرطتُ لك نصف

وَقَالَ الْمُضَارِبُ لا بَلْ شَرَطْتَ لِي نِصْفَ الرِّبْحِ فَالقَوْلُ لِرَبِّ المَالِ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ اسْتِحْقَاقَ الرِّبْحِ وَإِنْ أَنْكَرَ الصِّحَّةَ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - القَوْلُ لِلْمُسْلَمِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ يَدَّعِي الصِّحَّةَ وَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى عَقْدٍ وَاحِدٍ فَكَانَا مُتَّفِقِينَ عَلَى الصِّحَّةِ ظَاهِرًا، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ المُضَارَبَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِلَازِمٍ فَلَا يُعْتَبَرُ الِاخْتِلَافُ فِيهِ فَيَبْقَى مُجَرَّدُ دَعْوَى

الربح وزيادة عشرة، وَقَالَ الْمُضَارِبُ لا بَلْ شَرَطْتَ لِي نِصْفَ الرِّبْحِ فَالقَوْلُ للمضارب، ولم يقل إِنَّهما اختلفا في نوع العقد.

قلنا: هذا لا يلزم؛ لأن المضارب إن ادعى المضاربة والشركة إلا أن رب المال أقرَّ له بذلك لما قال: شرطتُ لك نصف الربح، فهو بقوله: وزيادة عشرة، يدعي فساد العقد بعد ما أقرَّ له بالجواز؛ لأن قوله: وزيادة عشرة، معطوف على قوله: شرطتُ لك نصف الربح، فأول الكلام لا يقف على وجوده لمن قال: أنتِ طالق وطالق لغير المدخول بها، بخلاف ما لو قال: إلا عشرة؛ لأن هذا استثناء، وأول الكلام مما يقف على الاستثناء.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: ولأبي حنيفة رحمه الله أَنَّهما اتفقا على عقد واحد واختلفا في الصحة والفساد، فيكون القول قول من يدعي الصحة كالمتناكحين إذا اختلفا، فأحدهما يدعي النكاح بغير شهود والآخر بشهود، كان القول قول من يدعي النكاح بشهود، بخلاف مسألة المضاربة؛ لأن ثَمَّة ما اتفقا على عقد واحد؛ لأن المضاربة إذا صحت تكون شركة، وإذا فسدت كانت إجارة للعامل، فإن كان الظاهر من حالة أنه لا يباشر الفاسد لا يكون الظاهر من حاله أن لا يباشر العقد الآخر.

ولا يلزم على ما قلنا إذا اختلفا في النكاح فقال الزوج: تزوجتك حال ما كنتُ صغيرًا، وقال المرأة: تزوّجني بعد البلوغ، فإن القول قول الزوج وإن كان فيه فساد العقد؛ لأن ثَمَّة ما أقرَّ بالعقد، بل أنكر العقد حيث أسنده إلى حال عدم الأهلية.

قوله: لِأَنَّهُ لَيْسَ بِلَازِمٍ، أي: لأن عقد المضاربة ليس بعقد لازم؛ لأن كل واحد من رب المال والمضارب يتمكن من فسخه بعد عقد المضاربة، وإذا كان غير لازم يرتفع العقد

اسْتِحْقَاقِ الرِّبْحِ، أَمَّا السَّلَمُ فَلازِمٌ فَصَارَ الأَصْلُ أَنَّ مَنْ خَرَجَ كَلامُهُ تَعَنُّتًا فَالقَوْلُ لِصَاحِبِهِ بِالاتِّفَاقِ، وَإِنْ خَرَجَ خُصُومَةً وَوَقَعَ الاتِّفَاقُ عَلَى عَقْدٍ وَاحِدٍ فَالقَوْلُ لِمُدَّعِي الصِّحَّةِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا لِلْمُنْكِرِ وَإِنْ أَنْكَرَ الصِّحَّةَ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ السَّلَمُ فِي الثِّيَابِ إِذَا بَيَّنَ طُولا وَعَرْضًا وَرُقْعَةً) لِأَنَّهُ أَسْلَمَ فِي مَعْلُومٍ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ كَانَ ثَوْبُ حَرِيرٍ لا بُدَّ مِنْ بَيَانِ وَزْنِهِ أَيْضًا لِأَنَّهُ مَقْصُودٌ فِيهِ (وَلا يَجُوزُ السَّلَمُ فِي الجَوَاهِرِ وَلا فِي الخَرَزِ) لِأَنَّ آحَادَهَا مُتَفَاوِتَةٌ تَفَاوُتًا فَاحِشًا، وَفِي صِغَارِ اللُّؤْلُؤِ الَّتِي تُبَاعُ وَزْنًا يَجُوزُ السَّلَمُ لِأَنَّهُ مِمَّا يُعْلَمُ بِالوَزْنِ (وَلا بَأْسَ بِالسَّلَمِ فِي اللَّبِنِ وَالآجُرِّ إِذَا سَمَّى مَلْبَنًا مَعْلُومًا)؛ لِأَنَّهُ عَدَدِيٌّ مُتَقَارِبٌ

باختلاف المتعاقدين، وإذا ارتفع العقد بالإنكار بقي دعوى المضارب في مال رب المال، فالقول للمنكر وهو رب المال.

قوله: أَمَّا السَّلَمُ فَـ - عقد - لازِمٌ، فبالاختلاف لا يرتفع العقد، وإنما يرتفع عند رفع المتعاقدين معًا، فلمَّا كان كذلك كان مدَّعي الفساد متعنتًا؛ لأنه لا فائدة في إنكاره فكان قوله مردودًا.

قوله: وَإِنْ خَرَجَ خُصُومَةً، بأن ادَّعى المسلم إليه الأجل ورب السلم ينكره.

يقال: رُقْعة هذا الثوب، أي: جودته، يراد غلظه وثخانته.

قوله: وَإِنْ كَانَ ثَوْبُ حَرِيرٍ لا بُدَّ مِنْ بَيَانِ وَزْنِهِ أَيْضًا، وذكر في «المبسوط»: وإذا أسلم في الحرير ينبغي أن يشترط الوزن؛ لأن قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن، وينبغي أن يشترط الطول والعرض مع الوزن؛ لأن المسلم إليه ربما يأتي وقت حلول الأجل بقطع الحرير بذلك الوزن، ونحن نعلم يقينًا أنه لم يرد به قطع الحرير، وأمَّا في الثياب فلا يشترط الوزن.

وذكر في «الذخيرة»: قال بعض مشايخنا: ولا شك أن بيان الوزن في الكرباس ليس

لا سِيَّمَا إِذَا سُمِّيَ المَلْبَنُ.

قَالَ: (وَكُلُّ مَا أَمْكَنَ ضَبْطُ صِفَتِهِ وَمَعْرِفَةُ مِقْدَارِهِ جَازَ السَّلَمُ فِيهِ) لِأَنَّهُ لا يُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ (وَمَا لا يُضْبَطُ صِفَتُهُ وَلا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ لا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ) لِأَنَّهُ دَيْنٌ، وَبِدُونِ الوَصْفِ يَبْقَى مَجْهُولًا جَهَالَةً تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ (وَلا بَأْسَ بِالسَّلَمِ فِي طَسْتٍ أَوْ قُمْقُمَةٍ أَوْ خُفَّيْنِ أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ إِذَا كَانَ يُعْرَفُ) لِاسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِ السَّلَمِ (وَإِنْ كَانَ لا يُعْرَفُ فَلَا خَيْرَ فِيهِ) لِأَنَّهُ دَيْنٌ مَجْهُولٌ.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَصْنَعَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ بِغَيْرِ أَجَلٍ جَازَ اسْتِحْسَانًا) لِلْإِجْمَاعِ الثَّابِتِ

بشرط؛ لأن الكرباس لا يختلف باختلاف الوزن، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: اشتراط الوزن في الوداري وما يختلف بالثقل والخفة.

ثم ذكر اشتراط الوزن في الحرير كما ذكر في «المبسوط»، ثم قال: وفي «المنتقى»: إذا باع ثوب خزّ بثوب خزّ يدًا بيدٍ لا يجوز إلا وزنًا.

قوله: فَلَا خَيْرَ فِيهِ، أي: لا يجوز؛ لأن في الجواز خيرًا.

قوله: وَإِنِ اسْتَصْنَعَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ بِغَيْرِ أَجَلٍ جَازَ اسْتِحْسَانًا، اعلم أن صورة الاستصناع هي ما ذكره صدر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير» وقال: صورته أن يجيء إنسان إلى آخر فيقول: احرز لي خفًّا صفته كذا، وقدره كذا، بكذا درهمًا، وسلم له جميع الدراهم، أو لا يسلم، أو يسلم بعضه، وإنما يجوز الاستصناع فيما للناس فيه تعامل للإجماع الثابت بالتعامل؛ لأن الجواز ثابت بالإجماع، وإنما الاختلاف في أنه بيع أو عدة.

فإن قيل: يشكل على الاستدلال على الجواز بتعامل الناس مسألة المزارعة على قول أبي حنيفة رحمه الله، فإن المزارعة والمعاملة فاسدتان عنده وإن كان للناس فيهما تعامل.

قلنا: لا كذلك فإن الخلاف فيهما كان ثابتًا في الصدر الأول، وهذا كان على الاتفاق،

بِالتَّعَامُلِ. وَفِي القِيَاسِ لا يَجُوزُ لِأَنَّهُ بَيْعُ المَعْدُومِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعًا لا عِدَةً،

كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قوله: وَفِي القِيَاسِ لا يَجُوزُ؛ لأن المستصنع فيه مبيع وهو معدوم، وبيع المعدوم لا يجوز؛ لنهي النبي صلَّى الله عليه وسلَّم عن بيع ما ليس عند الإنسان، هذا في حكم بيع العين، فلو كان موجودًا غير مملوك للعاقد لم يجز بيعه، فإذا كان معدومًا أَوْلَى.

ولكنا تركنا القياس لتعامل الناس في ذلك، فإنَّهم تعاملوه من لدن رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم إلى يومنا هذا من غير نكير منكر، وتعامل الناس من غير نكير منكر أصل من الأصول كبير؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «ما رآه المسلون حسنًا فهو عند الله حسن»، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا تجتمع أمتي على الضلالة»، وهو نظير دخول الحمام بأجر جائز لتعامل الناس، وإن كان مقدار المكث، وما يُصبّ من الماء مجهولًا.

وكذلك شرب الماء من السقاء بفلس، والحجامة بأجر جائز لتعامل الناس، وإن كان مقدار ما يشترط أو يضع من الكبة على ظهره غير معلوم، وفي الحديث: «إن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم استصنع خاتمًا، واستصنع المنبر»، فإذا ثبتَ هذا يترك كل قياس في مقابلته.

وكان الحاكم الشهيد رحمه الله يقول: الاستصناع مواعدة، وإنما ينعقد العقدُ بالتعاطي إذا جاء مفروغًا عنه، ولهذا يثبت الخيار لكل واحد منهما، والأصح أنه معاقدة فإنه أجري فيه القياس والاستحسان، والمواعيد يجوز قياسًا واستحسانًا، كذا في «المبسوط».

وذكر صدر الإسلام في «الجامع الصغير»: وبثبوت الخيار لكل واحد منهما لا يتبيّن على أنه ليس ببيع، ألا ترى أن اثنين لو تبايعا عرضًا بعرض ولم يرَ كل واحد منهما ما اشترى، فلكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض.

وقوله: لا عِدَةً، نفيٌ لقول الحاكم الشهيد كما ذكرنا، والدليل على أنه معاقدة بيع لا مواعدة من وجوه:

أحدها: جريان القياس والاستحسان كما ذكرنا.

والثاني: أنه فصل في جوازه بين الناس فيه تعامل، وبين ما لا تعامل فيه، ولو كان

وَالمَعْدُومُ قَدْ يُعْتَبَرُ مَوْجُودًا حُكْمًا، وَالمَعْقُودُ عَلَيْهِ العَيْنُ دُونَ العَمَلِ،

مواعدة لجاز في الكل.

والثالث: أثبت فيه خيار الرؤية، وخيار الرؤية إنما يكون في البيع.

والرابع: تسمية محمد رحمه الله لذلك شراء فقال: كان المستصنع إذا رآه بالخيار؛ لأنه اشترى ما لم يره فقد سمَّاه شراءً.

والخامس: أنه إذا قبض الآخر فإنه يملكه، ولو كانت مواعدة لا معاقدة لكان لا يصير الآخر ملكًا له، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَالمَعْدُومُ قَدْ يُعْتَبَرُ مَوْجُودًا، كالناسي للتسمية عند الذبح بجعل التسمية موجودًا لعذر النسيان، وكذلك الطهارة للمستحاضة يجعل موجودة لعذر جوازه الصلاة لئلا يتضاعف الصلاة عليها، فالتسمية والطهارة معدومتان حقيقة جعلتا موجودتين لما ذكرنا، كما أن الموجود حقيقة يجعل معدومًا للعذر كالماء المعد لدفع العطش يُجعل معدومًا حتى جاز التيمم بوجوده حقيقةً، فكذلك هاهُنا المستصنع معدوم يجعل موجودًا حكمًا للتعامل.

قوله: وَالمَعْقُودُ عَلَيْهِ العَيْنُ دُونَ العَمَلِ، حتى لو حاط الصانع بالمستصنع لا من صنعه، أو صنعه الصانع قبل الأمر بالصنعة، يجبر الآمر على القبول عُلِم أن المعقود عليه هو العين لا العمل، ولهذا ينفي قول أبي سعيد البردعي رحمه الله، فإنه يقول: المعقود عليه هو العمل؛ لأن الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل، فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه، والأديم والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل، لكن الأصح أن المعقود عليه المستصنع فيه، وذكر الصنعة لبيان الوصف فإن المقصود هو المستصنع فيه.

والدليل عليه أن محمدًا رحمه الله قال: إذا جاء به مفروغًا عنه فللمستصنع الخيار؛ لأنه اشترى شيئًا لم يره وخيار الرؤية إنما يثبت في بيع العين، فعرفنا أن المبيع هو المستصنع فيه، كذا في «المبسوط».

فإن قيل: لو كان بيعًا لما بطل بموت الصانع أو المستصنع، وذكر الإمام قاضي خان في «الجامع الصغير»: يبطل الاستصناع بموت أحدهما والسلم لا يبطل لموته بهما، وكذلك

حَتَّى لَوْ جَاءَ بِهِ مَفْرُوغًا لا مِنْ صَنْعَتِهِ أَوْ مِنْ صَنْعَتِهِ قَبْلَ العَقْدِ فَأَخَذَهُ جَازَ،

في سائر البياعات، قلنا: للاستصناع شبهٌ بالإجارة من حيث أن فيه طلب الصنع وهو العمل، وشبهٌ بالبيع من حيث أن المقصود منه عين المستصنع، فلشبهه بالإجارة قلنا: يبطل بموت أحدهما، ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا القياس والاستحسان وأثبتنا خيار الرؤية، ولم يوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في بيع العين.

وذكر في «الذخيرة»: وينعقد الاستصناع إجارةً ابتداءً بيعًا انتهاءً متى سلم، ولكن قبيل التسليم لا عند التسليم بدليل أنَّهم قالوا بأن الصانع إذا ماتَ قبل تسليم العمل بطل الاستصناعُ، ولا يستوفي المصنوع من ركنه، ولو انعقد بيعًا ابتداءً وانتهاءً لكان لا يبطل بموته كما في بيع العين والسلم، قال محمد رحمه الله: إذا أتى به الصانع كان المستصنع بالخيار؛ لأنه اشترى شيئًا لم يره، ولو انعقد إجارة ابتداءً وانتهاءً لم يكن له خيار الرؤية كما في الخياط والصباغ، ولو كان ينعقد عند التسليم لا قبله بساعة لم يثبت خيار الرؤية؛ لأنه يكون مشتريًا ما رآه وخيار الرؤية لا يثبت في المرئي.

والمعنى في ذلك أن المستصنع طلب منه العمل والعين جميعًا، ولا بد من اعتبارهما جميعًا، واعتبارهما جميعًا في حالة واحدة متعذر؛ لأن بين الإجارة والبيع تنافيًا، فجوزنا إجارة ابتداءً؛ لأن عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الإجارة ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناهما جميعًا توفيرًا على الأمرين حظّهما، كما فعلنا هكذا في الهبة بشرط العوض، اعتبرناها تبرعًا في الابتداء عملًا باللفظ، وبيعًا انتهاء عملًا بالمعنى، فكذا هنا، فلما كان بيعًا انتهاءً أورده محمد رحمه الله في كتاب البيوع.

فإن قيل: لو كان ينعقد إجارة لكان الصانع يجبر على العمل، ويجبر المستصنع على إعطاء الدراهم كما في سائر الإجارات، ولو أتى الصانع بمصنوع صنعه قبل العقد يرى الصانع عما لزمه بالاستصناع، ولو انعقد إجارة لا يستحق عليه العمل بعد العقد.

قلنا: الروايات في لزوم الاستصناع وعدم لزومه مختلفة، روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله: أن الصانع لا يُجبر على العمل بل يتخير إن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل.

وإذا أتى الصانع بالمصنوع لا يجبر المستصنع على القبول، فوجه ذلك أمَّا الصانع إنما

وَلا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِالِاخْتِيَارِ، حَتَّى لَوْ بَاعَهُ الصَّانِعُ قَبْلَ أَنْ يَرَاهُ الْمُسْتَصْنِعُ جَازَ، وَهَذَا كُلُّهُ هُوَ الصَّحِيحُ.

لم يُجبر على العمل وإن كان ينعقد إجارته؛ لأنه لا يمكنه العمل إلا بالإتلاف عينٍ والإجارة يفسخ بهذا القدر، ألا ترى أن المزارع له أن يمتنع من العمل إذا كان البذر من جهته، ورب الأرض كذلك؛ لأنه لا يمكنه المضيُ بهذه الإجارة إلا بإتلاف عين.

وكذلك لو استأجر رجلًا ليقطع يدَه وقد وقعت فيها أكِلة كان له أن يمنع، فكذا هذا.

ولا يجبر المستصنع على إعطاء الدراهم وإن شرط تعجيله؛ لأن هذه الإجارة في الأجرة شراء ما لم يره، ومن اشترى ما لم يره كان له أن ينفسخ العقد ولا يعطي البدلَ؛ ولأن جواز الاستصناع بخلاف القياس لأجل الحاجة، والضرورة في الجواز لا في اللزوم، وعن هذا قلنا: إن للصانع أن يبيع المصبوغ قبل أن يراه المستصنع؛ لأن العقد ليس بلازم، فإذا رآه ورضيَ به ليس له أن يبيعه؛ لأن الصانع بالإحضار أسقط خياره ولزم العقد من جانبه، فإذا رضيَ به المستصنع ثبت اللزوم في حقه أيضًا.

وقال أبو يوسف رحمه الله: آخر الأخبار لواحد منهما بل يجبر الصانع على العمل، ويجبر المستصنع على القبول، فوجه ذلك أمَّا الصانع ضمن العمل فيجبر عليه، وأمَّا المستصنع فلأنه لو لم يجبر على القبول يتضرّر به الصانع؛ لأنه عسى لا يشتريه غيره منه أصلًا، أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن فيجبر على القبول دفعًا للضرر عن الصانع.

وأمَّا قوله: لو أتى بمصنوع صنعه قبل العقد لم يجبر على العمل، قلنا: المقصود من العمل المعمول، فإذا سلم المعمول سقط عنه العمل، هذا كله من «الذخيرة».

قوله: وَلا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِالِاخْتِيَارِ، أي: باختيار المستصنع.

وقوله: وَهَذَا كُلُّهُ هُوَ الصَّحِيحُ، راجع إلى **قوله: أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعًا لا عِدَةً، وقوله: وَالمَعْقُودُ عَلَيْهِ العَيْنُ دُونَ العَمَلِ، وقوله: وَلا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِالِاخْتِيَارِ**؛ لما أن في كل منهما قولًا آخر وقد ذكرناه.

قَالَ: (وَهُوَ بِالخِيَارِ إِذَا رَآهُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ) لِأَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ وَلا خِيَارَ لِلصَّانِعِ، كَذَا ذَكَرَهُ فِي المَبْسُوطِ وَهُوَ الأَصَحُّ، لِأَنَّهُ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ لَهُ الخِيَارَ أَيْضًا لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُ المَعْقُودِ عَلَيْهِ إِلَّا بِضَرَرٍ وَهُوَ قَطْعُ الصَّرْمِ وَغَيْرِهِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا خِيَارَ لَهُمَا.

قوله: وَهُوَ بِالخِيَارِ، أي: المستصنع بالخيار ولا خيار للصانع، هذا مخالف لما ذكرنا من رواية «الذخيرة» في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله: أن الصانع لا يُجبر على العمل، بل يتخير إن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل.

وكذا أيضًا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله هذه الرواية من غير خلاف أحد فقال: وإذا كان عقدًا كان للمستصنع خيار الرؤية في ظاهر الرواية؛ لأنه اشترى شيئًا لم يره، وهل للصانع خيار أن لا يعمل له ذلك؟ لأنه لا يتمكن من العمل إلا بإتلاف المال وهو قطع الأديم ونحوه، فلا يُجبر على ذلك، كما لو أخذ أرضًا مزارعة على أن البذر من قبل العامل فإنه لا يُجبر على العمل.

وقوله: إِلَّا بِضَرَرٍ - أي: إلا بإتلاف شيء وهو عين - **وَهُوَ قَطْعُ الصَّرْمِ وَغَيْرِهِ**، كإتلاف الحنطة في حرزه.

فإن قيل: قطع الصرم وغيره وإن كان ضررًا لا يعتبر ضررًا في حق الصانع؛ لأنه ضرر مرضيّ في حقه.

قلنا: جاز أن يكون رضاه بسبب ظن أنّ المستصنع مجبور على القبول، فلمّا علم أن المستصنع مختار في القبول لا يرضى حينئذٍ بقطع الصرم، غاية الأمر أن هذا التقرير يقتضي اعتبار الجهل عذرًا، والجهل ليس بعذر في دار الإسلام؛ لأنا نقول: خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا، وليس على كل واحد من المسلمين في دار الإسلام علم أقوال جميع المجتهدين من اختياراتِهم؛ إذ لو كان مشروطًا ذلك كان كلُّ الناس علماء وأهل الفتوى، وليس ذلك بمأخوذ على الناس أجمع بالإجماع، فقد يخفى على العلماء الذين

أَمَّا الصَّانِعُ فَلِمَا ذَكَرْنَا. وَأَمَّا المُسْتَصْنِعُ فَلِأَنَّ فِي إِثْبَاتِ الخِيَارِ لَهُ إِضْرَارًا بِالصَّانِعِ لِأَنَّهُ رُبَّمَا لا يَشْتَرِيهِ غَيْرُهُ بِمِثْلِهِ، وَلا يَجُوزُ فِيمَا لا تَعَامُلَ فِيهِ لِلنَّاسِ كَالثِّيَابِ، لِعَدَمِ المُجَوِّزِ، وَفِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا أَمْكَنَ إِعْلَامُهُ بِالوَصْفِ لِيُمْكِنَ التَّسْلِيمُ، وَإِنَّمَا قَالَ: بِغَيْرِ أَجَلٍ، لِأَنَّهُ لَوْ ضَرَبَ الأَجَلَ فِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ يَصِيرُ سَلَمًا عِنْدَ أَبِي

هم في تفتيش المسائل الليل والنهار بعض أقوال المجتهدين من أُولى الأبصار، فكيف على العامي الذي بناء أمره على التقليد، وقد لا يكون ذلك على التسديد.

وأمَّا قولهم: الجهل ليس بعذر في دار الإسلام، فذلك في الفرائض التي لا بدَّ لإقامة دينه منها، لا في خياره اجتهاد جميع المجتهدين.

قوله: أَمَّا الصَّانِعُ فَلِمَا ذَكَرْنَا، يعني: لا خيار للصانع لما ذكر أن الاستصناع يجوز بيعًا لا عدةً، والبائع إذا باع شيئًا لم يره لا يكون له الخيار.

قوله: لِأَنَّهُ رُبَّمَا لا يَشْتَرِيهِ غَيْرُهُ بِمِثْلِهِ، وقد لا يشتريه غيره أصلًا، كما لو استصنع منبَرًا من يعظ للناس عليه فالعامي لا يشتريه أصلًا، فلذلك لم يجعل للمستصنع خيار الرؤية، كما في السلم ليس لرب السلم خيار الرؤية، ولكن هذا غير ظاهر الرواية.

وقال في «المبسوط»: وفرق في ظاهر الرواية بين هذا والسلم، وقال: لا فائدة في إثبات الخيار في السلم؛ لأن المسلم فيه دين في الذمة، وإذا رد المقبوضَ عاد دينًا كما كان، وهاهُنا إثبات الخيار مفيد؛ لأنه مبيع عين فبرده ينفسخ العقد ويعود إليه رأس ماله وصح.

يوضح الفرقَ أن إعلام الدين بذكر الصفة؛ إذ لا يتصوّر فيه المعاينة، فقام ذكر الوصف في المسلم فيه مقام الرؤية في بيع العين، فأمَّا إعلام العين فتمامه بالرؤية، والمستصنع فيه مبيع عين فلهذا يثبت فيه خيار الرؤية، ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب، فإنه إذا أمر نساجًا ينسج ثوبًا من عدل نفسه لا يجوز؛ لأنه لا تعامل فيه.

قوله: وَإِنَّمَا قَالَ: بِغَيْرِ أَجَلٍ، وهو قوله في أول مسألة الاستصناع: وَإِنِ اسْتَصْنَعَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ بِغَيْرِ أَجَلٍ جَازَ؛ لأنه لو ضرب الأجلَ فيما فيه تعامل يصير سلمًا عند أبي حنيفة.

حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لَهُمَا، وَلَوْ ضَرَبَهُ فِيمَا لا تَعَامُلَ فِيهِ يَصِيرُ سَلَمًا بِالِاتِّفَاقِ. لَهُمَا أَنَّ اللَّفْظَ حَقِيقَةٌ لِلِاسْتِصْنَاعِ فَيُحَافَظُ عَلَى قَضِيَّتِهِ، وَيُحْمَلُ الأَجَلُ عَلَى التَّعْجِيلِ، بِخِلَافِ مَا لا تَعَامُلَ فِيهِ لِأَنَّهُ اسْتِصْنَاعٌ فَاسِدٌ فَيُحْمَلُ عَلَى السَّلَمِ الصَّحِيحِ.

إنما قيَّد لفظه: فِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ؛ احترازًا عن ضرب الأجل فِيمَا لا تَعَامُلَ فِيهِ كَالثِّيَابِ، فإنه يصير سلمًا بالاتفاق على ما ذكر في الكتاب.

ثم المراد بضرب الأجل ما هو المراد من ضرب الآجال التي يضرب بها للسلم، فقال في «المبسوط»: هذا إذا ذكره المدَّة على سبيل الاستمهال، أمَّا إذا كان على سبيل الاستعجال بأن قال: على أن نفرغ عنه غدًا أو بعد غد فهذا لا يكون سلمًا؛ لأن ذكر المدة للفراغ من العمل لا لتأخير المطالبة بالتسليم، ألا ترى أنه ذكر: أو في مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل.

ويحكى عن الهندواني رحمه الله قال: إن كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلمًا، وإن كان الصانع هو الذي ذكر المدة فهو سلم لما يذكره على سبيل الاستمهال.

وقيل: إن ذكر أدنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو الاستصناع، وإن كان أكثر من ذلك فهو سلم؛ لأن ذلك يختلف باختلاف الأعمال فلا يمكن تقديره بشيءٍ معلوم، ثم فيما كان سلمًا يعتبر فيه شرائط السلم من قبض رأس المال في المجلس، ولا خيار للمستصنع إذا أتى بالمصنوع على الوصف الذي وصفه.

قوله: لَهُمَا أَنَّ اللَّفْظَ حَقِيقَةٌ لِلِاسْتِصْنَاعِ، إلى آخره، هما يقولان: ذكر الأجل يقتضي أن يكون سلمًا، وذكر الاستصناع يقتضي أن يكون غير سلم، إلا أن ذكر الأجل محتمل؛ لأنه يحتمل أن يكون ذكره للتعجيل، ويحتمل أن يكون للاستمهال، والاستصناع محكم في تناول ما وضع له غير محتمل لشيءٍ آخر، فيحمل لمحتمل على المحكم فيقال: إن ذكر الأجل للتعجيل؛ ليترجح الحكم على المحتمل، وليكون الاستصناع على حقيقة.

وذكر في «المبسوط»: إن الاستصناع بدون ذكر الأجل عقد جائز غير لازم، فبذكر

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ دَيْنٌ يَحْتَمِلُ السَّلَمَ، وَجَوَازُ السَّلَمِ بِإِجْمَاعٍ لا شُبْهَةَ فِيهِ وَفِي تَعَامُلِهِمُ الِاسْتِصْنَاعُ نَوْعُ شُبْهَةٍ فَكَانَ الحَمْلُ عَلَى السَّلَمِ أَوْلَى، وَاللهُ أَعْلَمُ.

الأجل فيه لا يصير لازمًا كعقد الشركة والمضاربة؛ وهذا لأن ذكر الأجل للترفيه وتأخير المطالبة، ولا يعتبر العقد من جنس إلى جنس آخر، ولو كان الاستصناع بذكر الأجل فيه يصير سلمًا، فصار السلم بحذف الأجل منه استصناعًا، ولو كان هذا سلمًا لكان سلمًا فاسدًا؛ لأنه شرط فيه صنعة صانع بعينه وذلك مفسد للسلم.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: هذا مبيعٌ دين، والمبيع الدين لا يكون إلا سلمًا كما لو ذكر لفظ السلم، وبيانه ما ذكرنا أن المستصنع فيه مبيع والأجل لا يثبت إلا في الديون، فلمَّا ثبتَ فيه الأجلُ هاهُنا عرفنا أنه مبيعٌ دين، وتأثيره أن المعتبر ما هو المقصود وبه يختلف العقد لا باعتبار اللفظ، ألا ترى أنه لو قال: ملكتُك هذه العين بعشرة دراهم كان بيعًا، ولو قال: سكنى هذه الدار شهرًا كان إجارةً، فعرفنا أن المعتبر ما هو المقصود.

ثم السلم أقرب إلى الجواز من الاستصناع، فإن كل واحد منهما مستحسن ولكن الآثار في السلم مشهورة، وهو جائز فيما للناس فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه، فكان الأصل فيما قصداه السلم إلا إذا تعذَّر جعله سلمًا بأن لم يذكر فيه أجلًا فحينئذٍ يجعل استصناعًا، فأمَّا إذا أمكن جعله سلمًا بأن ذكر الأجل يُجعل سلمًا؛ ولأن الأجل مؤخِّر للمطالبة ولا يكون ذلك إلا بعد لزوم العقد واللزوم في السلم دون الاستصناع، فثبوت الأجل فيه دليل على أنه سلم فذكرُ الصنعة لبيان وصف المسلم فيه، ولهذا لو جاء به مفروغًا عنه لا من صنعته يجبر على القبول، وبهذا يتبيَّن فساد قولهم: إنه سلم شرط فيه صنعة صانع بعينه، وما قالا: بأن السلم بحذف الأجل لا يصير استصناعًا، يشكل بالمتعة لا يصير نكاحًا بحذف المدَّة عنها، ثم النكاح بذكر المدة فيه يصير متعة، وهو ما إذا تزوَّج امرأة شهرًا، كذا في «المبسوط».

قوله: **وَفِي تَعَامُلِهِمُ الِاسْتِصْنَاعُ نَوْعُ شُبْهَةٍ**؛ فإن الشافعيّ ينكر شرعيته؛ ولأنه نقل من الصحابة رضي الله عنهم تعاملهم السلم، وفي فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع نوع شبهة، فكان الحمل على السلم أوْلَى، والله تعالى أعلم.

(مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ)

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ الكَلْبِ وَالفَهْدِ وَالسِّبَاعِ، المُعَلَّمُ وَغَيْرُ المُعَلَّمِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَجُوزُ بَيْعُ الكَلْبِ العَقُورِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ:

مسائل منثورة

ذكر القدوري رحمه الله: بيع كل ذي ناب من السباع، وذي مخلب من الطيور جائز، معلمًا كان أو غير معلم في رواية الأصل، ولا شك في جواز بيع الكلب المعلم؛ لأنه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلًّا للبيع، ألا ترى جاز بيع البازي المعلم، والصقر المعلم؛ وإنما جاز لأنه آلة الاصطياد؛ وهذا لأنه إذا كان آلة الحراسة والاصطياد كان منتفعًا به حقيقةً وشرعًا فيكون مالًا؛ لأن المال غير الآدمي خُلق لمنافع الآدميّ، والمال محل للبيع.

وأمَّا بيع كلب غير معلم فقد ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أنه إذا كان بحال يقبل التعليم يجوز بيعه، قال رحمه الله: هو الصحيح من المذهب؛ وهذا لأنه إذا كان يقبل التعليم كان منتفعًا به فيكون مالًا محلًّا للبيع.

والدليلُ عليه أنه ذكر في «النوادر»: إنه لو باع الجرو يجوز بيعه؛ لأنه يقبل التعليم، وإنما لا يجوز بيع العقور الذي لا يقبل التعليم، وهكذا نقول في الأسد: إذا كان بحيث يقبل التعليم ويُصطاد به إنه يجوز بيعه، وإن كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز البيع، والفهدُ والبازي يقبلان التعليم على كل حال، فيجوز بيعهما على كل حال.

وأمَّا القرد فقد اختلفت الروايات فيه عن أبي حنيفة، روى الحسن: أنه يجوز بيعه، وروى أبو يوسف رحمهم الله عنه: أنه لا يجوز بيعه، وروى ابن رستم عن محمد رحمهما

لا يَجُوزُ بَيْعُ الكَلْبِ، لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّ مِنَ السُّحْتِ مَهْرَ البَغِيِّ وَثَمَنَ الكَلْبِ» وَلِأَنَّهُ نَجِسُ العَيْنِ وَالنَّجَاسَةُ تُشْعِرُ بِهَوَانِ المَحَلِّ وَجَوَازُ البَيْعِ يُشْعِرُ بِإِعْزَازِهِ فَكَانَ مُنْتَفِيًا. وَلَنَا «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنْ بَيْعِ الكَلْبِ إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ»،

الله: أن بيعه وبيع الفيل جائز؛ لأنه منتفع به حقيقة وشرعًا، فهو كسائر الحيوانات.

وأمَّا الهرة فقد ذكر شيخ الإسلام: أنه يجوز بيعها، وسُئل عطاء بن رباح عن ثمن المهرة فقال: لا بأس به، كذا في «الذخيرة»، و«المحيط».

وذكر الإمام التمرتاشي: بيعُ كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطيور جائز معلمًا كان أو لا، إلا الخنزير، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز بيع الكلب والنَّمر والأسد.

قوله: «إِنَّ مِنَ السُّحْتِ مَهْرَ البَغِيِّ وَثَمَنَ الكَلْبِ»، أي: إن من الحرام أجرة الزانية، من بغت المرأة بغا بالكسر والمد، أي: زنت فهي بغي، والجمع بغايا، وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَتْ أُمُّكِ بَغِيًّا﴾ [مريم: ٢٨]، مثل قوله: ملحفةٌ جديدٌ عن الأخفش، كذا في «الصحاح»، يعني: كان من حقها أن يقال: بغية؛ لأنها فعيل بمعنى فاعلة، والحكم فيه أن يفرق بين المذكر والمؤنث كعليم وعليمة، إلا أنه قد يشبه فعيل بمعنى فاعل بفعيل بمعنى مفعول فلا يفرق بينهما بالتاء، منه قولهم: ملحفة جديد، وهذا ملحق به.

قوله: فَكَانَ مُنْتَفِيًا، أي: فكان جواز البيع منتفيًا.

قوله: وَلَنَا «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الكَلْبِ إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ»، فإن قلتَ: المدَّعى جواز بيع جميع الكلاب المعلم وغير المعلم، وهذا الحديث يقتضي جواز بيع كلبا الصيد والماشية لا غير فما وجه؟

قلتُ: إيراد الحديث لإبطال مذهب الخصم لا لإثبات المدَّعى، فإن الخصم يدعي شمولَ عدم الجواز في أنواع الكلاب كلها، فيثبت بهذا الحديث أن شمول عدم الجواز في أنواع الكلاب كلها غير ثابت.

وَلِأَنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ حِرَاسَةً وَاصْطِيَادًا فَكَانَ مَالًا، فَيَجُوزُ بَيْعُهُ، بِخِلَافِ الْهَوَامِّ الْمُؤْذِيَةِ؛

وأمَّا إثبات المدَّعى فبحديث ذكره في «الأسرار» برواية عبد الله بن عمرو ابن العاص رضي الله عنهما أنه قال: «قضى رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم في كلب بأربعين درهمًا»، فذكره مطلقًا من غير تخصيص في أنواع الكلاب في التضمين، وتضمين المتلف دليلٌ على تقوم المتلَف، أو نقول: المدَّعى جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور فيثبت ذلك بهذا الحديث؛ وذلك لأن جواز بيع الكلب المعلم استفيد **بقوله:** إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ، وجوازُ بيع الكلب غير المعلم **بقوله:** أَوْ مَاشِيَةٍ؛ وذلك لأن كل كلب يصلح لحراسة الماشية؛ إذ من عادة الكلاب نباحها عند حسِّ الذئب أو السارق، فبقي العقور تحت المستثنى منه.

قوله: وَلِأَنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ حِرَاسَةً... فَكَانَ مَالًا، فَيَجُوزُ بَيْعُهُ؛ وهذا لأن محل البيع مال متقوم.

وكذلك المضمون بالغصب مال متقوم، والكلب مال متقوم مثل الفهد؛ لأن المال اسم لما يقع عليه ملك اليمين بالاستيلاء، وهو الذي خلق لمصالح الآدمي مما في البر والبحر؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، أضاف إلينا بلام التمليك فدلَّ أنَّها في الأصل خلقت مملوكة لبني آدم، فصار الآدمي مالك المال في الأصل، وصار المال اسمًا لغير الآدمي ممَّا يصلح لمصالح الآدمي، والملك يثبت بالإحراز والقيمة بالتموّل، فإن الصيد قبل الإحراز لا يكون مملوكًا، وما لا يتمول من الأملاك كحبة حنطة، وشربة ماء من المياه، وكف تراب لا يتقوم؛ لأنه لا يتمول.

ولأن الكلب يورث ويُوصَى به فيصح، وغير الملك لا يورث ولا يصح به الوصية.

وكذلك الخمر لا تتقوم؛ لأن الشرع نَهانا عن تمولها ففسد التمول شرعًا، وانعدم حكمًا وإن وجد حقيقةً، وإذا ثبت هذا والكلب غيرُنا فكان مالًا، وملك بالأجر ثم تمول تمولًا صحيحًا؛ لأن الشرع أباح الانتفاع به لما جعله آلة الاصطياد، فصح التمول بإباحة الشرع فثبت حكمه وهو القيمة.

قولنا: آلة الاصطياد، دل على هذه المعانِي؛ لأنه آلة الصيد غير الصائد والآدمي صائد، ودل على إباحة المنفعة والانتفاع.

لِأَنَّهُ لا يُنْتَفَعُ بِهَا، وَالحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى الِابْتِدَاءِ قَلْعًا لَهُمْ عَنِ الِاقْتِنَاءِ،

فإن قيل: الكلب تُمسك للانتفاع بمنافعه لا لعينه، والآدمي ينتفع بمنافعه بالإجارة، ولا يدل على أن عينَه مال.

قلنا: إن الانتفاع بالمنفعة نفع من الكلب تبعًا لملك العين لا قصدًا في المنفعة، ألا ترى أنه لا يورث، والمنفعة وحدها لا تورث، فيجري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والأمة والثوب وجميع ما لا يؤكل عينه، ولا يتلف إلا بالانتفاع بمنافعه، دلَّ عليه أنا ما جعلنا الانتفاع بها دليلًا على أنه غير محرم العين، فإن مما حرُم عينه لم يجز الانتفاع به كالخمر والخنزير ونحوهما، وهذه الأموال المخلوقة لنا لا يبطل قيمتها مع قيام للتمول إلا بتحريم الشرع، فإذا أبيح التمول بضرب منفعة صح التمول وثبت حكمه وهو القيمة.

فإن قيل: شعر الخنزير ينتفع به الأساكفة، ولا يجوز بيعها.

قلنا: إن الخنزير محرم العين شرعًا، لا يباح إمساكه لمنفعة بوجه فتثبت الحرمة في كل جزء منه من الشعر والعظم وكل شيءٍ، وسقطت القيمة، ثم الإباحة لضرورة الحرز، ولا يدل على رفع الحرمة عن أصله فيما عدا الضرورة، كإباحة لحمه حالة الضرورة لا يدل على صحة التمول وجواز البيع، فأمَّا الكلب فما ثبت فيه تحريم مطلق، ثم إباحة الضرورة لتبقى وراءها على التحريم، هذا كله من «الأسرار».

قوله: وَالحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى الِابْتِدَاءِ؛ لأنه رُوي عن إبراهيم أنه قال: «رُوي أن رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم رخص في ثمن كلب الصيد»، فبذكر الرخصة فيه يتبيَّن انتساخ ما رووا من النهي؛ وهذا لأنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب، وكانت الكلاب منهم يؤذي الضيفان والغرباء، فنهوا عن اقتنائها فشق عليهم ذلك فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها، تحقيقًا للزجر عن العادة المألوفة، ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعًا به من الكلاب وهو كلب الصيد، والحرث، والماشية، ثم إنه ينتفع به في حالة الاختيار، ويجوز تمليكه بغير عوض في حالة الحياة بالهبة، وبعد الموت بالوصية، فيجوز تمليكه بالعوض أيضًا، وبهذا يتبيَّن أنه ليس بنجس العين، فإن الانتفاع بما هو نجس العين لا يحل في حالة الاختيار كالخمر،

وَلا نُسَلِّمُ نَجَاسَةَ العَيْنِ، وَلَوْ سُلِّمَ فَيَحْرُمُ التَّنَاوُلُ دُونَ البَيْعِ.

قَالَ: (وَلا يَجُوزُ بَيْعُ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا وَأَكْلَ ثَمَنِهَا، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّنَا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَأَهْلُ الذِّمَّةِ فِي البِيَاعَاتِ كَالمُسْلِمِينَ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - فِي ذَلِكَ الحَدِيثِ «فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ لَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى المُسْلِمِينَ» وَلِأَنَّهُمْ مُكَلَّفُونَ مُحْتَاجُونَ كَالمُسْلِمِينَ. قَالَ: (إِلَّا فِي الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ خَاصَّةً) فَإِنَّ عَقْدَهُمْ عَلَى الخَمْرِ كَعَقْدِ المُسْلِمِ عَلَى العَصِيرِ، وَعَقْدُهُمْ عَلَى الخِنْزِيرِ كَعَقْدِ المُسْلِمِ

ولا يجوز تمليكه قصدًا بالهبة والوصية، كذا ذكر هذه المسألة في كتاب الصيد من «المبسوط».

قوله: وَلَوْ سُلِّمَ فَيَحْرُمُ التَّنَاوُلُ دُونَ البَيْعِ، كما في السرقين، فإن عندنا يجوز بيع البعر والسرقين، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز؛ لأنه نجس العين بمنزلة القذرة، ولنا أنه مال منتفع عند الناس من غير نكير، وأمَّا القذرة فلا ينتفع بها إلا إذا اختلط بالتراب فحينئذٍ جاز بيعُها تبعًا، كذا ذكره الإمام قاضي خان في «الجامع الصغير».

قوله: وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ، أي: ليس بمال عندنا، أي: ليس بمال متقوم.

قوله: وَلِأَنَّهُمْ مُكَلَّفُونَ، أي: بالإيمان وبموجب المعاملات.

وذكر في «المبسوط»: ولا يجوز بين أهل الذمة شيء من بيوع الصرف في السلم وغيرهما، إلا ما يجوز بين أهل الإسلام ما خلا بيعَ الخمر والخنزير، فإنِّي أجيز ذلك بينهم واستحسن ذلك؛ لأنَّها أموال متقومة في حقهم، ثم لمَّا كانوا مكلفين بهذه الأشياء كانوا محتاجين إلى ما يبقى به أنفسهم كما في حق المسلمين، ولا يبقى الأنفس إلا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى، ولا تحصل هذه الأشياء إلا بمباشرة الأسباب المشروعة، ومن تلك الأسباب المشروعة البيعُ، فيجب أن يكون البيع مشروعًا في حقهم كما في حق المسلمين ليتمكنوا من تبقية أنفسهم.

عَلَى الشَّاةِ؛ لِأَنَّهَا أَمْوَالٌ فِي اعْتِقَادِهِمْ، وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَعْتَقِدُونَ، دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: وَلُّوهُمْ بَيْعَهَا وَخُذُوا الْعُشْرَ مِنْ أَثْمَانِهَا.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ بِعْ عَبْدَكَ مِنْ فُلَانٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ لَك خَمْسَمِائَةٍ مِنَ الثَّمَنِ سِوَى الأَلْفِ فَفَعَلَ فَهُوَ جَائِزٌ وَيَأْخُذُ الأَلْفَ مِنَ الْمُشْتَرِي وَالْخَمْسَمِائَةِ مِنَ الضَّامِنِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَقُلْ مِنَ الثَّمَنِ جَازَ الْبَيْعُ بِأَلْفٍ وَلَا شَيْءَ عَلَى الضَّمِينِ)

قوله: وَلُّوهُمْ بَيْعَهَا، الخطاب للعمال، أي: اجعلوهم ولاة بيعها، والتولية أن يجعله واليًا.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ بِعْ عَبْدَكَ مِنْ فُلَانٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ لَك خَمْسَمِائَةٍ مِنَ الثَّمَنِ سِوَى الأَلْفِ، إلى آخره، صورة المسألة هي ما ذكره الإمام المرغيناني، والإمام الكشاني رحمهما الله، وهي أن يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع إلا بألف وخمسمائة، والمشتري لا يرغب فيه إلا بألف، فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد: بعْ عبدك هذا من هذا الرجل بألفٍ على أنّي ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف، فيقول صاحب العبد: بعتُ، ويكون قوله: بعتُ جوابًا للكل، ولو لم يوجد إباءً ولا مساومة ولكن إيجاب صاحب العبد بألف حصل عقيب ضمان الرجل ذلك كان كذلك استحسانًا، وأمّا ضمانه بعد الإباء والمساومة يصح قياسًا واستحسانًا.

وذكر فخر الإسلام رحمه الله: وأصل ذلك أن أصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله، وأمّا فضول الثمن فيستغني عن ذلك، ويجوز أن يقابله تسمية المال لا حقيقته، ألا ترى أن من باع عبدًا بألفين وقيمته ألف، إن الألف الزائد لا يقابله مال إلا تسمية، فصار الفضل في ذلك بمنزلة بدل الخلع بأصله، وقد صحَّ شرطه على غير العاقد هناك، أعني غير المرأة، فكذلك هاهُنا، وإن قال: من الثمن، فقد وجدت صورة المقابلة، وإن لم يقل: من الثمن، لم يوجد صورة المقابلة ولا معناها.

وقال الإمام التمرتاشي رحمه الله: في قوله: وقال: بعه بألف على أنّي ضامن لك

وَأَصْلُهُ أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الثَّمَنِ وَالْمُثَمَّنِ جَائِزٌ عِنْدَنَا، وَتَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ تَغْيِيرٌ لِلْعَقْدِ مِنْ وَصْفٍ مَشْرُوعٍ إِلَى وَصْفٍ مَشْرُوعٍ وَهُوَ كَوْنُهُ

خمسمائة من الثمن سوى الألف، فباعه جاز البيع للمشتري بألف وخمسمائة على الأجنبيّ؛ لأنه جعل زيادة في الثمن ولا يجوز في حق المشتري، حتى لو أدى الألف إلى البائع له أن يقبض العبد، وليس للبائع أن يحبسه لأجل الخمسمائة، ولو أراد المشتري أن يبيعه مرابحة يبيعه على ألف، وإن كانت دارًا فللشفيع أخذها بألف، ولو تقايلا البيع فللأجنبي أن يسترد الخمسمائة من البائع، وفي قياس قول أبي يوسف رحمه الله: إن الإقالة بيع جديد ينبغي أن لا يسترد، وكذا لو رده بعيب بغير قضاء، وبقضاء يسترد.

ولو ضمن الأجنبي بأمر المشتري وباقي المسألة بحالها فالزيادة صارت واجبة في حق المشتري، وللبائع أن يحبس العبد حتى يصل إليه ألف وخمسمائة؛ لأنه لمَّا ضمن بأمر المشتري كان للضمين أن يرجع على المشتري، فصار كأن المشتري اشتراه بألف وخمسمائة، وله أن يبيعه مرابحة عليه؛ لأن المرابحة تكون بما قام عليه وللشفيع أخذها بذلك.

ولو أراد المشتري ردَّه بعيب بقضاء، أو بغير قضاء، أو تقايلا فالبائع يرد الألف على المشتري والزيادة على الضمين.

وذكر الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله الفرق بين المسألتين من وجهين، فقال في المسألة الأولى: ضمن الأجنبي الخمسمائة وصيَّر نفسه زعيمًا حيث قال: من الثمن، فيجب عليه، بخلاف ما إذا قال له: بعه من فلان بألف درهم على أنِّي ضامن لك خمسمائة، ولم يقل: من الثمن، فباعه بألف درهم فإن البيع جائز بألف درهم، ولا شيءَ على الضامن؛ لأن هناك رشاه على البيع بما سمي من المال، والرشوة حرام لا يلتزم بالضمان.

ثم تحقيق هذا الفرق من وجهين:

أحدهما: أن البيع سبب موجب للثمن، فإذا قال: من الثمن، فإنما جعل الخمسمائة على نفسه مستحقًّا للبائع بالبيع وذلك جائز، وإذا لم يقل: من الثمن، فإنما جعل الخمسمائة للبائع على نفسه بالالتزام ابتداءً لا بالبيع، وذلك رشوة التزمها لتحصيل المقصود.

عَدْلًا أَوْ خَاسِرًا أَوْ رَابِحًا، ثُمَّ قَدْ لا يَسْتَفِيدُ الْمُشْتَرِي بِهَا شَيْئًا بِأَنْ زَادَ فِي الثَّمَنِ وَهُوَ يُسَاوِي الْمَبِيعَ بِدُونِهَا فَيَصِحُّ اشْتِرَاطُهَا عَلَى الأَجْنَبِيِّ كَبَدَلِ الْخُلْعِ، لَكِنْ

والثانِي: أنه إذا قال: من الثمن، فقد صار مضيفًا الالتزامَ إلى ما بعد البيع؛ لأن وجوب الثمن يكون بعد البيع، وإذا لم يقل: من الثمن، كان هذا التزامًا منه في الحال بشرط أن يبيعه منه بألف درهم، وذلك غير صحيح.

فإن قيل: كيف يجب شيء من الثمن عليه بالبيع ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه.

قلنا: التزام الثمن بالبيع مقصودًا لا يكون إلا ممن يدخل المبيع في ملكه، فأمّا تبعًا فقد يكون من غير من يدخل المبيع في ملكه، ولهذا جوزنا من المشتري الزيادة في الثمن وهذا لا يملك شيئًا بمقابلة هذه الزيادة؛ لأن المبيع صار مملوكًا له كله بالثمن الأول، ولكن لما كانت هذه الزيادة تثبت تبعًا وإن لم يملك بمقابلتها شيئًا، كذلك هاهُنا القابل إنما يلتزم الخمسمائة من الثمن تبعًا.

فإن قيل: لو ثبتت هذه الخمسمائة ثمنًا له لتوجهت المطالبة بها على المشتري ثم الضامن يكون متحملًا عنه، وبالاتفاق لا يطالب المشتري بها.

قلنا: نعم لا يطالب بها؛ لأنه لم يلتزمها، وإنما يطالَبُ بها من التزامها ويكون من الثمن في حق من التزمها، لا في حق من لم يلتزمها؛ لأن ثبوت الحكم بحسب السبب، وهو كالرجل يقول: لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل، وأنكر الأصيل ذلك، فإن الكفيل يصير مطالبًا بالألف والأصيل لا يصير مطالبًا بشيءٍ منه لهذا المعنى.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة» سؤالًا وجوابًا بوجه آخر فقال:

فإن قيل: يجب أن لا تصح الزيادة في الثمن من الأجنبي؛ لأن أصل الثمن لا يجوز أن يجب على الأجنبيّ والمبيع لغيره، فكذلك الزيادة يجب أن لا تجوز من الأجنبي إذا كان ما بإزائها يحصُل لغيره.

قلنا: ذكر الفقيه أبو بكر الجصاص عن الشيخ أبي الحسن الكرخي رحمهما الله أوردَ

مِنْ شَرْطِهَا المُقَابَلَةُ تَسْمِيَةً وَصُورَةً، فَإِذَا قَالَ مِنَ الثَّمَنِ وُجِدَ شَرْطُهَا فَيَصِحُّ، وَإِذَا لَمْ يَقُلْ لَمْ يُوجَدْ فَلَمْ يَصِحَّ.

هذا السؤال ومنع وقال: يجوز أن يكون أصل الثمن على الأجنبي والمثمن لغيره، كما تجوز الزيادة في الثمن من الأجنبي وما بإزائها لغيره، وقال: ولا يعرف في هذا رواية منصوص عليها عن أصحابنا بخلاف ما قلنا، فساغ لنا المنع، فعلى هذا لا يحتاج إلى الفرق.

ثم قال الجصاص: هذا المنع الذي ذكره الكرخي مما يبعد؛ وذلك لأن عن أصحابنا رواية في هذا، فإن محمدًا رحمه الله ذكر في كتاب الصرف وغيره: أن من اشترى شيئًا بدين له على غيره لا يصح هذا الشراء عند علمائنا؛ لأنه اشترى بشرط أن يكون تسليم الثمن على غيره والمثمن لغيره، وإذا كان الشراء بشرط أن يكون تسليم الثمن على غيره باطلًا فلأن يبطل الشراء إذا كان بشرط أن يكون وجوب الثمن والتسليم على غير المشتري أَوْلَى، وإذا كان كذلك لم يكن بد من الفرق.

والفرق أن القياس يأبى جواز الزيادة من الأجنبي في الثمن؛ لأنَّها بدل المال معاوضة من غير أن يحصل بإزائه عوض، وذلك لا يجوز اعتبارًا بأصل الثمن، إلا أنا تركنا القياس بالنص الوارد بجواز قضاء الدين من الأجنبي شرعًا، وهو حديث أبي قتادة الأنصاري رضي الله عنه: «حيث امتنع النبي صلَّى الله عليه وسلَّم عن الصلاة على رجل من الأنصار لمكان دين عليه، قال أبو قتادة: هو عليَّ وإليَّ وفي مالي يا رسول الله»، وجوّز ذلك منه حتى صلى على الميت، وذلك القضاء منه بذلُ المال عوضًا عن دينه من غير أن يحصل له عوض بإزائه، والشرع جوز ذلك لما أشرنا إليه، والزيادة من الأجنبي في الثمن في معناه فكانت ملحقة به استدلالًا به.

قلتُ: لكن الأولى في هذا ما قاله العلَمان في التحقيق، أعني بهما: الإمام شمس الأئمة السرخسي والإمام فخر الإسلام رحمهما الله؛ لأنا لو استدللنا في جواز التزام الزيادة من الأجنبي بهذا الحديث، وهو حديث أبي قتادة، ينبغي أن يجوز من الأجنبيّ التزامُ أصل الثمن أيضًا كما يجوز التزام الزيادة عن الثمن؛ لأن حكم الحديث لا يفرق بينهما، وبالاتفاق إن

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً وَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى زَوَّجَهَا فَوَطِئَهَا الزَّوْجُ فَالنِّكَاحُ جَائِزٌ) لِوُجُودِ سَبَبِ الوِلَايَةِ، وَهُوَ المِلْكُ فِي الرَّقَبَةِ عَلَى الكَمَالِ وَعَلَيْهِ المَهْرُ. (وَهَذَا قَبْضٌ) لِأَنَّ وَطْءَ الزَّوْجِ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَتِهِ فَصَارَ فِعْلُهُ كَفِعْلِهِ (وَإِنْ لَمْ يَطَأْهَا

التزام أصل الثمن لا يجوز منه.

ولأن حكم الحديث إنما كان بعد الوجوب، والتزام الزيادة من الأجنبي يجوز وقت المعاقدة قبل وجوب أصل الثمن على المشتري، فعلم أن بينهما فرق.

قوله: فَالنِّكَاحُ جَائِزٌ؛ لِوُجُودِ سَبَبِ الوِلَايَةِ، وَهُوَ المِلْكُ فِي الرَّقَبَةِ عَلَى الكَمَالِ، أي: سبب ولاية التزويج.

فإن قلتَ: كما أن الملك في الرقبة على الكمال سبب ولاية التزويج فكذلك هو أيضًا سبب ولاية التصرف، فمن أين وقعت المفارقة بين النكاح وبين البيع، حيث جاز التزويج قبل القبض ولم يجز البيع قبله، ولو قيل: فبالحديث، فما الحكمة في تخصيص البيع دون سائر التصرفات؟

قلتُ: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن البيع يبطل بالغرور والنكاح لا يبطل؛ لأن معنى الغرر يتحقق فيه لاحتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض، والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه قبل القبض وبعده.

والثاني: أن القدرة على التسليم شرط لصحة البيع، وذلك إنما يكون بعد القبض وهي ليست بشرط لصحة النكاح، ألا ترى أن بيع الآبق لا يجوز ونكاح الآبقة جائز، فلما ثبتت المفارقة بينهما من هذين الوجهين، وقد ورد النهي عن البيع قبل القبض اختصّ بالبيع، ولم يكن ورود النهي عن البيع ورودًا في النكاح.

وفي «الفوائد»: وذكر الصدر الشهيد في «الفتاوى الأكبر»: اشترى جارية ثم زوَّجها قبل القبض إن تمَّ البيع جاز النكاح، وإن انتقض بطل في قول أبي يوسف خلافًا لمحمد رحمهما الله، قال: والمختار قول أبي يوسف؛ لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل

فَلَيْسَ بِقَبْضٍ) وَالقِيَاسُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا؛ لِأَنَّهُ تَعْيِيبٌ حُكْمِيٌّ فَيُعْتَبَرُ بِالتَّعْيِيبِ الحَقِيقِيِّ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ فِي الحَقِيقِيِّ اسْتِيلَاءً عَلَى المَحَلِّ وَبِهِ يَصِيرُ قَابِضًا وَلَا كَذَلِكَ الحُكْمِيُّ فَافْتَرَقَا.

فصار كأن لم يكن، فكان النكاح باطلًا، فعلى ما اختاره إنما يصير المشتري قابضًا بعيب يبقى على تقدير الرد، لا بعيب لا يبقى على تقدير الرد.

وذكر القاضي الإمام الزرنكري رحمه الله في هذه المسألة: لو ماتت الجارية قبل القبض لا يبطل النكاح وإن بطل البيع، ومتى لم يطأها حتى ماتت يجب المهر للمشتري بتسليط من جهة المشتري.

قوله: وَالقِيَاسُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا، بنفس التزويج، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله، حتى إذا هلكت بعد ذلك فهو من مال المشتري؛ لأن التزويج عيبٌ فيها حتى لو وجدها المشتري ذاتَ زوج له أن يردها، فالمشتري إذا عيب المعقود عليه يصير قابضًا، ويجعل التزويج كالإعتاق أو التدبير.

ولكنه استحسن فقال: لا يكون قابضًا لها بنفس التزويج حتى إذا هلكت فهو من مال البائع؛ لأنه لم يتصل من المشتري فعل بها، وإنما التزويج عيبٌ من طريق الحكم على معنى أنه يقل رَغبات الناس فيها، وينتقض لأجل الثمن، وهو في معنى نقصان السعر، والتزويج لمَّا كان عيبًا من طريق الحكم كان نظير الإقرار عليه بالدين، والمشتري لو أقرَّ عليها بدين لا يصير قابضًا لها، بخلاف العيب الحقيقي، فذلك باعتبار فعل يتصل من المشتري بعينها وهو إتلاف الجزء من عينها، كذا في «المبسوط» في باب جناية البائع والمشتري على المبيع قبل القبض.

قوله: أَنَّ فِي الحَقِيقِيِّ اسْتِيلَاءً، أي: في التعييب الحقيقي، بأن اشترى جارية وفقأ عينها أو قطع يدها يكون قبضًا فكذا بالوطء؛ لأنه استيلاء على المحل بالفعل الحسيّ.

فإن قيل: يشكل على هذا الإعتاق والتدبير، فإن المشتري يصير قابضًا لهما وهما ليسا باستيلاء على المحل بالفعل الحسيّ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَغَابَ فَأَقَامَ البَائِعُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ بَاعَهَا إِيَّاهُ، فَإِنْ كَانَتْ غَيْبَتُهُ مَعْرُوفَةً لَمْ يُبَعْ فِي دَيْنِ البَائِعِ) لِأَنَّهُ يُمْكِنُ إِيصَالُ البَائِعِ إِلَى حَقِّهِ بِدُونِ البَيْعِ،

قلنا: قال في «المبسوط»: الإعتاق إنهاء للملك فيها وإتلاف للمالية، ولهذا يثبت له الولاء، فمن ضرورته أن يصير قابضًا، وكذلك التدبير نظير العتق في استحقاق الولاء، وثبوت حق الحرية للمدبر به.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَغَابَ - أي: المشتري قبل نقد الثمن - فَأَقَامَ البَائِعُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ بَاعَهَا إِيَّاهُ، أي: أقرَّ البائع بأن البائع باع هذا العبدَ من ذلك المشتري الغائب وأقام البينة على ذلك، ثم إنما ذكر إقامة البينة؛ لأن البائع لو طلبَ من القاضي أن يبيعه لثمنه وقصَّ عليه القصة، فالقاضي لا يجيبه من غير بينة للتهمة، وإنما وضع المسألة في المنقول؛ لأن القاضي لا يبيع العقار على الغائب، وهاتان المسألتان في «الجامع الصغير» للإمام التمرتاشي.

فإن قلتَ: كيف يقبل البينة من غير خصم حاضر ينكر موجب شهادة البينة، مع أن شرط قبول البينة إنكار خصمٍ حاضرٍ والمشروط لا يثبت بدون شرطه.

قلتُ: قال الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أمَّا قبول هذه البينة من غير خصم حاضرٍ فلتكشف الحال؛ أو لأنه يدعي ثبوت ولاية النظر للقاضي في هذا المال بسبب غيبة صاحبه، فالقاضي ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه، والحاجة إلى النظر لنفسه هاهُنا حاجة ماسَّة لهما جميعًا، أمَّا للمشتري فلأن العبد ملكه وهو محتاج إلى النفقة، وأمَّا البائع فلأنه يعرض الهلاك في يده وبهلاكه يسقط حقه من الثمن، فلهذا قبل البينة.

وحاصله أن حكم القاضي هذا في الحقيقة حكمٌ بإقرار المقر، وإنما اشترط مع ذلك إقامة البينة لإظهار الأمر عند القاضي، ونفي التهمة، لا لإثبات الملك للغائب والدين عليه، وإنكار الخصم في الدعوى إنما يشترط لقبول البينة أن لو كان المدعي يدعي إثبات الحق على المدعى عليه، والقاضي يقضي بموجب إقامة البينة، وأمَّا هاهُنا فالقاضي يقضي بموجب إقرار المقر بما في يده، فلا يحتاج لذلك إلى إنكار خصم حاضر؛ وهذا لأن العبد في يد البائع، والقول قول الإنسان فيما في يده، ألا ترى أنه لو ادَّعى أنه ملكه كان القول قوله، فإذا أقرَّ بالبيع

وَفِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْمُشْتَرِي (وَإِنْ لَمْ يَدْرِ أَيْنَ هُوَ بِيعَ العَبْدُ وَأَوْفَى الثَّمَنَ) لِأَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرِي ظَهَرَ بِإِقْرَارِهِ فَيَظْهَرُ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي أَقَرَّ بِهِ مَشْغُولًا بِحَقِّهِ، وَإِذَا تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الْمُشْتَرِي يَبِيعُهُ القَاضِي فِيهِ، كَالرَّاهِنِ إِذَا مَاتَ وَالْمُشْتَرِي إِذَا مَاتَ مُفْلِسًا، وَالمَبِيعُ لَمْ يُقْبَضْ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ القَبْضِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ لَمْ يَبْقَ مُتَعَلِّقًا بِهِ، ثُمَّ إِنْ فَضَلَ شَيْءٌ يُمْسَكُ لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ حَقِّهِ وَإِنْ نَقَصَ يَتْبَعُ هُوَ أَيْضًا.

فقد أقرَّ للغائب بالملك على وجه يكون مشغولًا بحقه؛ لأن الثمن تعلق بالمبيع فيعتبر إقراره، واشتراط البينة لنفي التهمة، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَفِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْمُشْتَرِي - أي: وفي البيع - **وَإِنْ لَمْ يَدْرِ أَيْنَ هُوَ بِيعَ العَبْدُ وَأَوْفَى الثَّمَنَ**، بنصب الثَّمَنَ؛ لأنه المفعول الثاني للإيفاء، أي: أوفى البائعُ الثمن.

فإن قلتَ: في البيع فسادان:

أحدهما: لزوم بيع المنقول قبل القبض وذلك لا يجوز؛ لأن كلامنا فيما إذا لم يقبضه المشتري على ما يجيء.

والثاني: لزوم القضاء على الغائب بزوال الملك، وهو أيضًا لا يجوز.

قلتُ: أمَّا الجواب عن الأول: فمن مشايخنا من قال: ينصب القاضي من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع؛ لأن بيع القاضي كبيع المشتري، وبيع المشتري قبل القبض لا يجوز فكذا بيع القاضي، ولكن فيه نظر؛ لأن المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يُجعل وكيلًا عنه، وقيل: لا ينصب القاضي وكيلًا ليقبضه للمشتري؛ لأن البيع هناك ليست بمقصود، وإنما المقصود النظر للبائع إحياءً لحقِّه، والبيع يحصل في ضمن النظر، ويجوز أن يثبت الشيء ضمنًا وإن كان لا يثبت قصدًا، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وأما الجواب عن الثاني: فهو فيما ذكرناه من تقرير الإمام قاضي خان: بأن هذا ليس بقضاء على الغائب، بل هو اعتبار قول صاحب اليد فيما في يده، والقضاء على الغائب إنما

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي اثْنَيْنِ فَغَابَ أَحَدُهُمَا فَلِلْحَاضِرِ أَنْ يَدْفَعَ الثَّمَنَ كُلَّهُ وَيَقْبِضَهُ، وَإِذَا حَضَرَ الآخَرُ لَمْ يَأْخُذْ نَصِيبَهُ حَتَّى يَنْقُدَ شَرِيكُهُ الثَّمَنَ كُلَّهُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُمَا اللهُ -.

لا يجوز إذا وقع مقصودًا، وأمَّا لو وقع القضاء عليه في ضمن شيءٍ مقصودٍ سواه فيجوز، على ما يجيء قبيل باب التحكيم.

ثم اعلم أن مسألتنا هذه فيما إذا غاب المشتري قبل القبض حتى صحَّ بيع القاضي لإيفاء ثمن البائع؛ لأن البائع إنما يكون أحق بمالية العبد إذا كان قبل القبض، فإن له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن، حتى لو مات المشتري مفلسًا في هذه الحالة كان البائع أحق بمالية العبد من سائر الغرماء، كالمرتهن يكون أحق بالرهن من سائر الغرماء، ثم المرهون يباع في دين المرتهن إذا تعذَّر استيفاء الدين من الراهن، فكذلك يستوفى الثمن من مالية العبد بالبيع إذا تعذر استيفاؤه من المشتري، والمبيع قبل القبض في يد البائع بمنزلة الرهن في يد المرتهن.

وأمَّا إذا كان البائع سلمه إلى المشتري والمسألة بحالها فلا يقبل بينة البائع؛ لأن حق البائع هناك في الثمن غير متعلق بمالية العبد بل هو دين في ذمة المشتري، والبينة لإثبات الدين على الغائب غير مقبولة عندنا، فلا يتمكن القاضي من قضاء الدين من مال الغائب قبل ثبوت الدين، وإثباته إنما يكون بالبينة عند حضور الخصم، إلى هذا أشار شمس الأئمة رحمه الله.

قوله: فَلِلْحَاضِرِ أَنْ يَدْفَعَ الثَّمَنَ كُلَّهُ وَيَقْبِضَهُ، إلى آخره، وأجمعوا أنَّهما لو كانا حاضرين وأراد أحدُهما أن ينقد حصته ليقبض نصيبه ليس له ذلك، فالخلاف بين أبي يوسف وصاحبيه في موضعين:

أحدهما: في قبض جميع العبد على تقدير نقد جميع الثمن في احتباس نصيب الغائب عنه إذا حضر؛ لأنه يستوفى نصيبَه من الثمن.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: فالحاضر لا يملك قبض نصيبه إلا بنقد جميع الثمن، فلو نقد اختلفوا في مواضع:

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا دَفَعَ الحَاضِرُ الثَّمَنَ كُلَّهُ لَمْ يَقْبِضْ إِلَّا نَصِيبَهُ وَكَانَ مُتَطَوِّعًا بِمَا أَدَّى عَنْ صَاحِبِهِ) لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ وَهُوَ أَجْنَبِيٌّ عَنْ نَصِيبِ صَاحِبِهِ فَلَا يَقْبِضُهُ. وَلَهُمَا أَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِيهِ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ الِانْتِفَاعُ بِنَصِيبِهِ إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ البَيْعَ صَفْقَةٌ وَاحِدَةٌ، وَلَهُ حَقُّ الحَبْسِ مَا بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ،

الأول: هل يجبر البائع على قبول نصيب الغائب؟ عند أبي يوسف لا يجبر، خلافًا لهما.

والثاني: لو قبل، هل يجبر على تسليم نصيب الغائب إلى الحاضر؟ عنده لا، خلافًا لهما.

والثالث: لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقد عليه؟ عنده لا، خلافًا لهما.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا دَفَعَ الحَاضِرُ الثَّمَنَ كُلَّهُ لَمْ يَقْبِضْ إِلَّا نَصِيبَهُ، أي: يقبض نصيبَه بطريق المهايأة.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِيهِ، إلى قوله: كَمُعِيرِ الرَّهْنِ.

فإن قلتَ: لو كان التعليل بالاضطرار معولًا عليه لما تفاوت الحكم بين أن يكون شريكه حاضرًا وغائبًا، كما في صاحب العلو فإنه يبني السفل ليبني عليه علوَه، فإنه لا يكون متبرعًا ببناء السفل سواء كان صاحب السفل حاضرًا أو غائبًا، وهاهُنا لو كانا حاضرين ثم أراد أحدهما أن ينقد حصته ليقبض نصيبه ليس له ذلك بالإجماع، ولو نقد نصيبه كان متبرعًا فيما نقد بالإجماع.

قلتُ: الملك للغائب إنما يثبت في نصيبه باعتبار قبول الحاضر؛ لأن من خاطب اثنين بالبيع فقبل أحدهما دون الآخر لم يملك شيئًا منه، وإذا ثبتَ أن الملك له باعتبار قبول الحاضر كان الحاضر بمنزلة الوكيل عنه بالشراء، فإذا نقد الثمن تمكن من قبض المبيع وثبتَ له حق الرجوع على صاحبه بنصيبه، إلا أنه وكيل من وجه دون وجه؛ لأنه لا يكون مطالبًا بنصيب صاحبه من الثمن بعد قبوله، فمن هذا الوجه يكون كالمتبرع، والأصل أن ما تردد بين شهرين يُوفر حظّه عليهما، فلشبهه بالمتبرع قلنا: إذا كان صاحبه حاضرًا لا يرجع عليه، ولشبهه بالوكيل قلنا: إذا كان صاحبه غائبًا يرجع عليه بما أدّى عنه، ويتمكن من قبض

وَالمُضْطَرُّ يَرْجِعُ كَمُعِيرِ الرَّهْنِ، وَإِذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ كَانَ لَهُ حَقُّ الحَبْسِ عَنْهُ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ كَالوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ إِذَا قَضَى الثَّمَنَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفِ مِثْقَالِ ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ فَهُمَا نِصْفَانِ) لِأَنَّهُ أَضَافَ المِثْقَالَ

نصيبه؛ وهذا لأن في حال حضرته هو غير مضطر إلى إيفاء جميع الثمن من مال؛ لأنه يمكنه أن يخاصمه إلى القاضي حتى ينقد نصيبه من الثمن ليتمكن هو من قبض نصيبه من العبد، وفي حال غيبته هو مضطر إلى ذلك؛ لأنه لا يتوصّل إلى نصيبه من العبد إلا بدفع جميع الثمن، فإن الصفقة في حق البائع واحدة، فلهذا جعلناه كالوكيل في هذه الحالة ليقبض جميع العبد إذا نقد جميع الثمن، ثم يرجع على صاحبه بنصيبه ويحبس نصيبه عنه؛ ليستوفى منه ما ثبت له حق الرجوع به، كما يثبت للوكيل حق حبس المبيع إذا نقد الثمن من مال نفسه، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

وأمّا صاحب العلو فإنه مضطر إلى أن يتوصل إلى حقه من بناء العلو سواء كان صاحب السفل حاضرًا أو غائبًا؛ لأنه ليس له أن يخاصمه في أن يبنى السفل ليبني هو عليه علوه، فلذلك افترقا.

قوله: كَمُعِيرِ الرَّهْنِ، بأن أعار شيئًا ليرهنه فرهنه، ثم أفلس الراهن وهو المستعير، أو غاب فافتكه المعير يرجع بما أدّى من الدين على الراهن وإن كان قضى دين الراهن بغير أمره؛ لأنه مضطر في القضاء؛ إذ لا يتمكن من الانتفاع بماله إلا بقضاء الدين، فكذلك هاهُنا.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا استأجر الرجلان دارًا، فغاب أحدهما قبل نقد الأجر لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الأجر، فإنه يكون متبرعًا بالإجماع.

قلتُ: لأنه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الآخر من قبل أنه ليس للآجر جنس الدار لاستيفاء الأجر، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفِ مِثْقَالِ ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ - بأن قال: (خريدم بهزار مثقال زر ونقره) - فَهُمَا نِصْفَانِ، ولفظ رواية الأصل من «الجامع الصغير»: يعقوب عن أبي حنيفة

إِلَيْهِمَا عَلَى السَّوَاءِ فَيَجِبُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةِ مِثْقَالٍ لِعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ، وَبِمِثْلِهِ لَوِ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفٍ مِنَ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ يَجِبُ مِنَ الذَّهَبِ مَثَاقِيلُ،

رحمهما الله في رجل يقول لرجل: أبيعك هذه الجارية بألف مثقال ذهب جيدٍ وفضةٍ، قال: هما نصفان خمسمائة مثقال ذهب، وخمسمائة مثقال فضة، قال أبو جعفر رحمه الله: فائدة هذا الكتاب أن قوله: أبيعك، كقوله: بعتك، فظاهره العدة ويراد به الإيجاب، وليست هذه اللفظة في كتاب البيوع، إنما فيه: إذا باع جاريةً، ولكن ذكر فخر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير»: أن قوله: أبيعك ليس بإيجاب، بل هو من باب المساومة.

وفائدة أخرى أن في مسألة البيوع قدم الفضة وأخَّر الذهب فقال: ألف مثقال فضة وذهب جيد، وفي هذه الرواية ذكر الذهب، ثم الجيد، ثم الفضة، فلو لا هذه الرواية لقيل: إن مقدار المثقال غلب استعماله في الذهب لا في الفضة، فإذا قدم الذهبَ وأضاف المثقال إليه ثم قال: وفضة، لم يستعمل المثقال في الفضة فصار كأنه باع بألف مثقال ذهبٍ وبفضة مجهولة المقدار، فالبيع باطل، وأمَّا إذا قال: ألف مثقال فضة، فقد أضاف المثقال إلى الفضة فلا بدَّ من اعتباره فيها، ثم عطف عليه الذهب الذي يليق بذلك المقدار، فاجتمعا جميعًا في المثقال وأخذ من كل جنس بصفة، فرواية «الجامع» أزالت هذه الشبهة.

فإن قيل: الجودة صفة لهما أو للذهب خاصة؟

قلنا: لهما جميعًا؛ لأنه عطف أحدهما على الآخر، ألا ترى أن رجلًا لو قال: عبدي حر غدًا، وامرأتِي طالق، إنَّهما يقعان جميعًا غدًا، وكذلك لو قال: عبده حر وامرأته طالق غدًا، كذا في «كشف الغوامض».(١)

قوله: وَبِمِثْلِهِ، وهذا اللفظ في استعمال الفقهاء فيما إذا كانت المسألتان يتشابهان صورةً ويختلفان حكمًا، وهنا كذلك.

قوله: لَوِ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفٍ مِنَ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ يَجِبُ مِنَ الذَّهَبِ مَثَاقِيلُ وَمِنَ الفِضَّةِ

(١) «كشف الغوامض» للإمام أبي جعفر الهندواني البلخي رحمه الله، انظر: «لآلئ المحار في تخريج مصادر ابن عابدين في حاشيته رد المحتار» للأخ الدكتور لُؤي بن عبد الرؤوف الخليلي (٢/ ٦٩٠).

وَمِنَ الفِضَّةِ دَرَاهِمُ وَزْنُ سَبْعَةٍ لِأَنَّهُ أَضَافَ الألْفَ إِلَيْهِمَا فَيَنْصَرِفُ إِلَى الوَزْنِ المَعْهُودِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ جِيَادٍ فَقَضَاهُ زُيُوفًا وَهُوَ لا يَعْلَمُ فَأَنْفَقَهَا أَوْ هَلَكَتْ فَهُوَ قَضَاءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَرُدُّ مِثْلَ زُيُوفِهِ وَيَرْجِعُ بِدَرَاهِمِهِ) لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الوَصْفِ مَرْعِيٌّ كَهُوَ فِي الأَصْلِ، وَلا يُمْكِنُ

دَرَاهِمُ وَزْنُ سَبْعَةٍ، يعني: خمسمائة يكون من مثقال ذهب، وخمسمائة من الدراهم يكون بوزن سبعة.

وذكر في «المبسوط»: وإذا باع جارية بألف مثقال ذهب وفضة، أو دراهم ودنانير، كان له من كل واحد منهما النصف؛ لأن الواو للعطف، ومطلق العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المعطوف والمعطوف عليه، إلا أنه إن كان قال: ألف مثقال فعليه خمسمائة مثاقيل ذهب وخمسمائة مثقال فضة؛ لأنه فسَّر المثاقيل بالذهب والفضة، وإن قال: ألف من الدراهم والدنانير، فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم وزن سبعة؛ لأنه هو المتعارف في وزن الدراهم فينصرف إليه.

وقال الإمام التمرتاشي: اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان؛ لأنه أضاف العقد إليهما على السواء، ويشترط بيان صفتهما، بخلاف الدراهم والدنانير حيث ينصرف إلى الجيد، وكذا لو قال: له عليَّ مائة مثقال ذهب وفضة، فعليه من كل واحد النصف، وكذا هذا في جميع ما يقر به من المكيل والموزون والثياب وغيرهما، قرضًا، أو سلمًا، أو غصبًا، أو وديعة، أو بيعًا، أو شراءً، أو مهرًا، أو جعلًا في خلع، أو وصيةً، أو كفالةً، أو غير ذلك، وكذا لو قال: له عليَّ كرّ حنطة وشعير وسمسم، كان عليه الثلث من كل جنس.

قوله: وَهُوَ لا يَعْلَمُ، أي: رب الدين لا يعلم.

قوله: لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الوَصْفِ مَرْعِيٌّ كَهُوَ فِي الأَصْلِ، أي: حق رب الدين في وصف الدين من حيث الجودة واجب رعايته، كحقه في الأصل من حيث القدر، فلو كان المقبوض

رِعَايَتُهُ بِإِيجَابِ ضَمَانِ الوَصْفِ لِأَنَّهُ لا قِيمَةَ لَهُ عِنْدَ المُقَابَلَةِ بِجِنْسِهِ فَوَجَبَ المَصِيرُ إِلَى مَا قُلْنَا. وَلَهُمَا أَنَّهُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ، حَتَّى لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ فِيمَا لا يَجُوزُ الِاسْتِبْدَالُ جَازَ فَيَقَعُ بِهِ الِاسْتِيفَاءُ وَلا يَبْقَى حَقُّهُ إِلَّا فِي الجَوْدَةِ، وَلا يُمْكِنُ تَدَارُكُهَا بِإِيجَابِ ضَمَانِهَا لِمَا ذَكَرْنَا، وَكَذَا بِإِيجَابِ ضَمَانِ الأَصْلِ لِأَنَّهُ إِيجَابٌ لَهُ عَلَيْهِ وَلا نَظِيرَ لَهُ.

دون حقه قدرًا لم يسقط حقه في المطالبة بقدر النقصان، فكذلك إذا كان دون حقه وصفًا إلا أنه يتعذر عليه الرجوع بفضل القيمة؛ لأنه لا قيمة للجودة عند المقابلة بجنسها فيرد عين المقبوض إن كان قائمًا، ومثل المقبوض إن كان مستهلكًا؛ لأن مثل الشيء يحكي عينه.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّهُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ - أي: أن الزيوف من جنس حقه الذي هو الجياد - حَتَّى لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ - أي: لو أخذه مساهلًا لنقصان حقه - فِيمَا لا يَجُوزُ الِاسْتِبْدَالُ - كما في الصرف والسلم - جَازَ، وإنما عين ذلك الموضع؛ لأنه لو تجوز بالأخذ فيما يجوز الاستبدال فيه لا يكون ذلك دليلًا على أن ذلك المأخوذ من جنس حقه، حتى أنه لو كان له دين على آخر في غير موضع الصرف والسلم جاز له أن يستبدل بالثياب وغيرها، ومعلوم أن الثياب ليست من حقه، وفي السلم والصرف لا يجوز الاستبدال، ولو لم يكن الزيوف من جنس حقه لكان استبدالًا في الصرف والسلم وهو لا يجوز، فعُلِم بهذا أن الزيوف من جنس حقه.

قوله: وَلا يُمْكِنُ تَدَارُكُهَا بِإِيجَابِ ضَمَانِهَا لِمَا ذَكَرْنَا، وهو قوله: لِأَنَّهُ لا قِيمَةَ لَهُ عِنْدَ المُقَابَلَةِ بِجِنْسِهِ.

قوله: لِأَنَّهُ إِيجَابٌ لَهُ عَلَيْهِ - أي: إيجاب لأجله عليه - وَلا نَظِيرَ لَهُ، في الشرع بأن يجب الضمان لنفسه على نفسه بالنسبة إلى شيءٍ واحد لنفسه، وهو وصوله إلى دراهمه الجيدة، وإنما قيَّدنا بقولنا: بالنسبة إلى شيءٍ واحد؛ احترازًا عما يجب نفقة المرأة أو العبيد على الزوج والمولى بمقابلة انتفاعه منهم؛ لأنَّهما شيئان مختلفان فيه فإن من له الحق فيه مختلف؛ لأن من له الحق في الانتفاع بملك المتعة والرقبة الزوجُ والمولى، وفي الانتفاع بالنفقة المرأةُ والعبيد، وأما هاهُنا فالمقبوض ملكه، ومن له الحق ومن عليه الحق شخص واحد وهو رب

قَالَ: (وَإِذَا أَفْرَخَ طَيْرٌ فِي أَرْضِ رَجُلٍ فَهُوَ لِمَنْ أَخَذَهُ) وَكَذَا إِذَا بَاضَ فِيهَا.

(وَكَذَا إِذَا تَكَنَّسَ فِيهَا ظَبْيٌ) لِأَنَّهُ مُبَاحٌ سَبَقَتْ يَدُهُ إِلَيْهِ وَلِأَنَّهُ صَيْدٌ وَإِنْ كَانَ يُؤْخَذُ بِغَيْرِ حِيلَةٍ وَالصَّيْدُ لِمَنْ أَخَذَهُ، وَكَذَا الْبَيْضُ؛ لِأَنَّهُ أَصْلُ الصَّيْدِ، وَلِهَذَا يَجِبُ الْجَزَاءُ عَلَى الْمُحْرِمِ بِكَسْرِهِ أَوْ شَيِّهِ، وَصَاحِبُ الْأَرْضِ لَمْ يُعِدَّ أَرْضَهُ لِذَلِكَ فَصَارَ كَنَصْبِ شَبَكَةٍ لِلْجَفَافِ، وَكَذَا إِذَا دَخَلَ الصَّيْدُ دَارِهِ أَوْ وَقَعَ مَا نُثِرَ مِنَ السُّكَّرِ أَوِ الدَّرَاهِمِ

الدين، فليس له نظير في الشرع.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة» في تعليل قول أبي يوسف رحمه الله: ولا يقال: أن المقبوض ملكه فكيف يقضى عليه بضمانه؟ ثم قال: لأنا نقول: جاز أن يقضى عليه بضمان ما هو ملكه إذا كان فيه فائدة، ألا ترى أن كسبَ المأذون له المديون مضمون على المولى وإن كان ملكًا له حتى لو اشتراه صحَّ، وكذلك المرهون مضمون على الراهن وإن كان ملكًا له، وهنا في التضمين فائدة وهي إحياء حقه في صفة الجودة، ولأبي حنيفة رضي الله عنه ما قال في الكتاب، والفرق بين هذا وبين ما استشهدا به أن الضمان يجب حقًّا له ولا سبيل إليه، والضمان هناك يجب للغرماء وإلى ذلك سبيل.

وفي «النوازل»: اشترى دارًا بالجياد ونقد الزيوف أخذها الشفيع بالجياد؛ لأنه إنما يأخذ بما اشترى، ولو باعها مرابحةً فإن رأس المال الجياد.

وفي «الأجناس»: اشترى بالجياد ونقد الزيف ثم حلف أنه اشتراها بالجياد، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يحنث، وقال أبو يوسف رحمه الله: يحنث، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: وَكَذَا إِذَا تَكَسَّرَ فِيهَا ظَبْيٌ، وفي بعض الروايات: إِذَا تَكَنَّسَ، أي: دخل في الكناس وهو موضعه، وإنما قيَّد بالتكسّر؛ لأنه لو كسره أحد يكون له.

الشيُّ: بريان كردن.

قوله: فَصَارَ كَنَصْبِ شَبَكَةٍ لِلْجَفَافِ، فتعقل بها صيد لا يكون له.

فِي ثِيَابِهِ مَا لَمْ يَكُفَّهُ أَوْ كَانَ مُسْتَعِدًّا لَهُ.

بِخِلَافِ مَا إِذَا عَسَّلَ النَّحْلُ فِي أَرْضِهِ لِأَنَّهُ عُدَّ مِنْ أَنْزَالِهِ فَيَمْلِكُهُ تَبَعًا لِأَرْضِهِ كَالشَّجَرِ

قولـه: مَا لَمْ يَكُفَّهُ، أمَّا إذا ضمَّه ذلك إلى نفسه، أو كان قصد لذلك وتَهيَّأ له فحينئذٍ يكون له ما وقعَ في ثيابه، وكذا إذا هيَّأ مكانًا لسرقين الدواب فما وقع فيها يكون له عند البعض، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قولـه: بِخِلَافِ مَا إِذَا عَسَّلَ النَّحْلُ فِي أَرْضِهِ، حيث يكون العسل لصاحب الأرض، فرق بين هذا وبين العسل، والفرق أن العسل ليس فيه معنى الصيدية لا في الحال ولا في المآل، والأرض في يد صاحبها فما فيها يكون في يد صاحبها؛ وذلك لأن العسل صار قائمًا بأرضه على وجه القرار، فصار تابعًا لأرضه كالشجر والزرع يثبت فيها، وهذا كله إذا لم يكن هيَّأ أرضه للاصطياد، وأمَّا إذا هيَّأ بأن حفر بئرًا للصيد فوقع فيها فهو له، كذا ذكره الإمام المرغيناني، والتمرتاشي رحمهما الله.

قولـه: لِأَنَّهُ عُدَّ مِنْ أَنْزَالِهِ، بفتح الهمزة، أي: من أنزال أرضه، بتأويل المكان كما في قوله: ولا أرض أنقل أثقالها، والنزلُ: هو الزيادة والفضل، ومنه قوله: العسل ليس من أنزال الأرض، أي: من ريعها وما يحصل منها، كذا في «المغرب».

وإنما جعل العسل من أنزال الأرض بخلاف بيض الطير التي باضت فيها؛ لأن العسل لا يحصل في مطلق المواضع وبمطلق الأغذية، بل بغذاء خاص ومكان خاص، فإذا عسل في أرض علم أنه من نبات ذلك الأرض، فكان من أجزاء تلك الأرض فيكون لمالك الأرض كما إذا نبت في أرضه شجرة، أمَّا البيض فإنه أصل الصيد ولهذا لو كسر المحرمُ كان عليه الجزاء، وإمكان الأخذ من غير حيلة لا تخرجه من الصيدية، كصيد انكسر رجلُه في أرض إنسان فذلك كان للآخذ دون صاحب الأرض.

قولـه: أَوْ كَانَ مُسْتَعِدًّا لَهُ، أي: حينئذٍ كان ما وقع من السُّكر في ثيابه لمن استعد له، فكان **قولـه:** أَوْ كَانَ، معطوفًا على محذوف بعد **قولـه:** مَا لَمْ يَكُفَّهُ، أي: إذا كفه أو كان مستعدًا

النَّابِتِ فِيهَا وَالتُّرَابِ الْمُجْتَمِعِ فِي أَرْضِهِ بِجَرَيَانِ المَاءِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

* * *

له كان له، أي: للكاف أو المستعد، والله تعالى أعلم بالصواب.

(كِتَابُ الصَّرْفِ)

كتابُ الصرف

أَخَّر كتاب الصرف عن بيان أنواع البيوع؛ إمَّا لما ذكرنا في أول باب السلم؛ أو لأن الصرف بيع الأثمان، والثمن في البياعات يجري مجرى الوصف، والبيع والمبيع يجري مجرى الأصل، لتوقف جواز البيع إلى وجود المبيع والقدرة على التسليم، وتوقف صحة الإقالة إلى بقائه وعدم جواز الاستبدال به، ويخالفه الثمن في هذه الأشياء الأربعة، فلذلك أَخَّر ذكر البيع عن ذكر الأصل؛ لأن الأصل هو الأسبق وجودًا فكذا ذكرًا.

وقد ذكر في الكتاب معنى الصرف لغةً وشرعًا.

وأمَّا شروطه فعلى الخصوص ثلاثة:

أحدها: أن لا يفترقا إلا عن تقابض في البدلين والمراد منه تفرق الأبدان، لا الذهاب عن موضع العقد على ما يجيء.

والثانِي: أن لا يكون في هذا العقد خيار الشرط لأحدهما؛ لأن الخيار استثناء لحكم العقد وهو الملك عن العقد فيمتنع الملك ما بقي الخيار، وإذا امتنع الملك يمتنع القبض الذي يحصل به التعيين الذي هو شرط جواز العقد والشرط.

والثالث: أن لا يكون في هذا العقد أجل؛ لأن بشرط الأجل ينعدم استحقاق القبض الذي به يحصل التعيين، فحينئذٍ ير جع الكل إلى معنى واحد، وهو أن الفساد بسبب انعدام القبض الذي به يحصل التعيين، فخيار الرؤية وخيار العيب يخالف خيار الشرط والأجل في هذا الباب؛ لأن بخيار العيب والرؤية لا يمتنع الملكُ، فكان القبض الذي يحصل به التعيين

قَالَ: (الصَّرْفُ هُوَ البَيْعُ إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ عِوَضَيْهِ مِنْ جِنْسِ الأَثْمَانِ) سُمِّيَ بِهِ

ثابتًا فيصح العقد، ولا كذلك الأجل وخيار الشرط.

فإن قيل: كيف يجوز أن يقال بأن قبض بدل الصرف قبل الافتراق شرط جواز العقد، وأنه يشترط بعد العقد لإحالة العقد، وشرط الجواز ما يشترط حالة العقد كالشهادة في باب النكاح، والماليَّة في البيع، فأمَّا ما يجب بعد العقد يكون حكم العقد لا شرط جواز العقد.

قلنا: شرط الجواز ما يشترط مقارنـًا لحالة العقد، إلا أن اشتراط القبض مقارنـًا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض؛ لما فيه من إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه، فعلَّقنا الجواز بقبض يوجد في المجلس؛ لأن في مجلس العقد حكم حالة العقد كما في الإيجاب والقبول، فصار القبض الموجود بعد العقد إذا وجد في مجلس العقد كالموجود وقت العقد من حيث الحكم، ولو كان موجودًا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط جواز العقد، فكذا إذا كان موجودًا وقت العقد من حيث الحكم.

ثم اختلف المشايخ أن التقابض قبل الافتراق شرط صحة العقد أو شرط بقائه على الصحة؟ فعلى قول من يقول: أنه شرط بقاء العقد لا يتأتى هذا الإشكال، وعلى قول من يقول: شرط صحة العقد يتأتى هذا الإشكال ولكن وجه الجواب ما ذكرنا، كذا في «الذخيرة»، و«المحيط».

وذكر في «المبسوط»: الصرف اسم لنوع بيع، وهو مبادلة الأثمان بعضها ببعض، والأموال أنواع ثلاثة:

(١) نوع منها: في العقد ثمن على كل حال وهو الدراهم والدنانير، صحبها حرف الباء أو لم يصحبها، سواء كانا يقابلها من جنسها أو من غير جنسها.

(٢) ونوع منها: هو مبيع على كل حال، وهو ما ليس من ذوات الأمثال من العروض والدواب والمماليك.

(٣) ونوع: هو ثمن من وجه ومبيع من وجه كالمكيل والموزون، فإنَّها إذا كانت معيّنة في العقد يكون مبيعة، وإذا لم يكن معينة فإن صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن، وإن

لِلْحَاجَةِ إِلَى النَّقْلِ فِي بَدَلَيْهِ مِنْ يَدٍ إِلَى يَدٍ. وَالصَّرْفُ هُوَ النَّقْلُ وَالرَّدُّ لُغَةً، أَوْ لِأَنَّهُ لا يُطْلَبُ مِنْهُ إِلَّا الزِّيَادَةَ إِذْ لا يُنْتَفَعُ بِعَيْنِهِ، وَالصَّرْفُ هُوَ الزِّيَادَةُ لُغَةً، كَذَا قَالَهُ الخَلِيلُ، وَمِنْهُ سُمِّيَتِ العِبَادَةُ النَّافِلَةُ صَرْفًا.

لم يصحبها حرف الباء وقابلها ثمن فهي مبيعة؛ وهذا لأن الثمن ما يثبت دينًا في الذمة، والنقود لا يستحق بالعقد إلا دينًا في الذمة، وإذا قلنا: أنَّها لا تتعين بالتعيين فكانت ثمنًا على كل حال، والعروض لا يستحق بالعقد إلا عينًا فكانت مبيعة، والسَّلم في بعضها رخصةٌ شرعية فلا يخرج به من أن يكون مبيعـًا، والمكيل والموزون مستحق عينـًا بالعقد تارةً ودينـًا أخرى، فيكون ثمنـًا في حال مبيعـًا في حال.

قوله: أَوْ لِأَنَّهُ لا يُطْلَبُ مِنْهُ إِلَّا الزِّيَادَةَ إِذْ لا يُنْتَفَعُ بِعَيْنِهِ، يعني: أن غير الدراهم والدنانير ينتفع بعينه كاللحم والثوب، وأمَّا في الدراهم والدنانير فإنما ينتفع بغيرهما وهو ما يقابلهما من المبيع، فلمَّا كان كذلك لا يطلب في بيع الدراهم والدنانير إلا زيادة يحصل فيما يقابلهما من الجودة والصناعة؛ لأنه لو لم يطلب الزيادة وذلك العين بدون الزيادة حاصل له فلا فائدة لهما في بيع الصرف، بخلاف شراء اللحم مثلاً، فإن مقصود المشتري هو حصول نفس اللحم لا زيادة قيمته؛ لأن مقصوده دفع الجوع وهو يحصل بنفس اللحم، فلمَّا كان كذلك كانت إرادة الزيادة مطلوبة في بيع الصرف قطعًا.

قوله: وَالصَّرْفُ هُوَ الزِّيَادَةُ لُغَةً، وكذلك اختص بيع الصرف بذلك الاسم، وهذا الذي ذكر نا في بيع الجنس بالجنس نحو بيع الذهب بالذهب، أو بيع الفضة بالفضة ظاهر، وكذلك في بيع الذهب بالفضة؛ لأنَّهما بسبب الثمنية خلقةً جعلا جنسـًا واحدًا.

قوله: وَمِنْهُ سُمِّيَتِ العِبَادَةُ النَّافِلَةُ صَرْفًا، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: «من انتمى إلى غير الله لا يقبل الله منه صرفـًا ولا عدلًا»، العدل هو الفرض، والصرف هو النفل، سماه عدلًا لكونه أداء الحق إلى المستحق.

ولكن ذكر في «الفائق» حديثـًا آخر في هذا فسَّره بتفسير آخر، وقال في ذكر المدينة: «من أحدث فيها حدثًا، أو آوى محدِثًا، فعليه لعنة الله إلى يوم القيامة، لا يقبل الله منه صرفـًا

قَالَ: (فَإِنْ بَاعَ فِضَّةً بِفِضَّةٍ أَوْ ذَهَبًا بِذَهَبٍ لا يَجُوزُ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الجَوْدَةِ وَالصِّيَاغَةِ) لِقَوْلِهِ – عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ – «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ

ولا عدلًا»، الصرف: التوبة؛ لأنه صرف للنفس إلى البر عن الفجور، والعدل: الفدية من المعادلة، المرادُ من إحداث الحدَث الفعل الذي يوجب الحد.

وذكر في «الغريبين»: وقيل: الصرف: النافلة، والعدل: الفريضة.

وذكر في «شرح الطحاوي»: الصرف اسم لعقود ثلاثة: بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، وأحدهما بالآخر، ثم لمَّا اختُص باسم الصرف واختص بشرائط ثلاثة، وذكر تلك الشرائط التي ذكرناها ثم قال: ويحتاج إلى شرط رابع في عقد الصرف إذا كان المقعود عليهما من جنس واحد، وهو التساوي في الوزن.

قوله: فَإِنْ بَاعَ فِضَّةً بِفِضَّةٍ أَوْ ذَهَبًا بِذَهَبٍ لا يَجُوزُ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، والمثلية شرط في جميع الأموال الربوية عند العقد علماً ووجودًا لا غير، بيانُ ذلك أنَّهما لو تبايعا حنطة بحنطة مجازفة لا يجوز، وكذلك كل مكيل أو موزون وإن كانا متساويين في الواقع، حتى لو تبايعا صبرة بصبرة مجازفة ثم كيلتا بعد ذلك فكانا متساويين لم يجز العقد عندنا، وقال زفر: يجوز؛ لأن ما هو شرط الجواز وهو المماثلة قد تبيَّن أنه كان موجودًا وإن لم يكن ذلك معلومًا للمتعاقدين.

وحجتنا في ذلك أن المعتبر لجواز العقد العلمُ بالمساواة عند العقد؛ لأنه إذا لم يعلم ذلك كان الفضل معدومًا موهومًا، وما هو موهوم الوجود يجعل كالمتحقق فيما بنى أمره على الاحتياط، كذا في «المبسوط».

لكن هذا إذا كيلتا أو وزنا بعد الافتراق، وأمَّا إذا علم مساواتهما بالكيل أو بالوزن في مجلس العقد يجوز البيع والصرف، وكذلك لو كان بين رجلين فضة أو ذهب فاقتسما بينهما مجازفة لم يجز، إلا إذا علم تساويهما في المجلس؛ لأن القسمة بمنزلة البيع والبيع مجازفة لا يجوز وكذلك القسمة، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ وَزْنًا بِوَزْنٍ يَدًا بِيَدٍ. فانتصاب مِثْلًا، ووَزْنًا، ويَدًا على الحال،

وَزْنًا بِوَزْنٍ يَدًا بِيَدٍ وَالفَضْلُ رِبًا» الحَدِيثَ، وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ» وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي البُيُوعِ.

قَالَ: (وَلا بُدَّ مِنْ قَبْضِ العِوَضَيْنِ قَبْلَ الِافْتِرَاقِ) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِقَوْلِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَإِنِ اسْتَنْظَرَكَ أَنْ يَدْخُلَ بَيْتَهُ فَلا تُنْظِرْهُ، وَلِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ قَبْضِ أَحَدِهِمَا لِيَخْرُجَ العَقْدُ عَنِ الكَالِئِ بِالكَالِئِ، ثُمَّ لا بُدَّ مِنْ قَبْضِ الآخَرِ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ،

والعامل فيهما ما اقتضاه الجار والمجرور من معنى الفعل، وهو بيعوا على تقدير نصب الذهب، أو بيعُ الذهب على تقدير رفعه بإقامته مقام المضاف، أي: مماثلًا بمماثل، وموزونًا بموزون، ومقبوضًا بمقبوض.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، وهو **قوله:** يَدًا بِيَدٍ.

قوله: وَإِنِ اسْتَنْظَرَكَ أَنْ يَدْخُلَ بَيْتَهُ فَلَا تُنْظِرْهُ، يجيء بُعيد هذا أول الحديث يخاطب به لأحد عاقدي الصرف، أي: إن سألك صاحبك أن يدخل بيته لإخراج بدل الصرف أو غيره فلا تمهله، فكان هذا دليلًا ظاهرًا على أن قبض بدلي الصرف في المجلس شرطٌ.

قوله: وَلِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ قَبْضِ أَحَدِهِمَا لِيَخْرُجَ العَقْدُ عَنِ الكَالِئِ بِالكَالِئِ، ثُمَّ لا بُدَّ مِنْ قَبْضِ الآخَرِ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ، فإن قلتَ: يشكل على هذا التعليل ما إذا باع المضروب بالمصبوغ، فإن المصبوغ مما يتعين بالتعيين على ما يجيء بُعيد هذا، ومع ذلك يشترط قبضهما أيضًا، فعلى هذا التعليل ينبغي أن لا يشترط قبضُه المصبوغ إذا وجد قبض المضروب، لحصول المساواة بينهما في العينيَّة في المضروب بالقبض، وفي المصبوغ بالصباغة، وبحصول العينية فيهما يخرجان عن بيع الكالئ بالكالئ؛ إذ النسيئة إنما يكون باعتبار عدم التعيين.

قلتُ: جوابه أيضًا يجيء بُعيد هذا وهو **قوله:** وَلِأَنَّهُ إِنْ كَانَ يَتَعَيَّنُ فَفِيهِ شُبْهَةُ عَدَمِ التَّعْيِينِ لِكَوْنِهِ ثَمَنًا خِلْقَةً فَيُشْتَرَطُ قَبْضُهُ اعْتِبَارًا لِلشُّبْهَةِ فِي الرِّبَا.

فإن قيل: على هذا التقدير يلزم في بيع المضروب بالمصبوغ نسيئةً شبهة الشبهة وهي

فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا، وَلِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَيْسَ بِأَوْلَى مِنَ الآخَرِ فَوَجَبَ قَبْضُهُمَا سَوَاءٌ كَانَا يَتَعَيَّنَانِ كَالمَصُوغِ، أَوْ لا يَتَعَيَّنَانِ كَالمَضْرُوبِ، أَوْ يَتَعَيَّنُ أَحَدُهُمَا وَلا يَتَعَيَّنُ الآخَرُ، لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ إنْ كَانَ يَتَعَيَّنُ فَفِيهِ شُبْهَةُ عَدَمِ التَّعْيِينِ لِكَوْنِهِ ثَمَنًا خِلْقَةً

غير معتبرة؛ وذلك لأن في بيع المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل؛ لأنه لمَّا قبض أحد البدلين ولم يقبض الآخر كان بيع النقد بالكالئ، وفيه شبهة فضل النقد على النسيئة، ثم لو باع المضروبَ بالمصبوغ نسيئة، والمصبوغ في نفسه مما يتعيَّن بالتعيين لكن بالنظر إلى أصله بأن خلق ثمنًا شبهة عدم التعيين كانت فيه شبهة زائدة على تلك الشبهة التي هي شبهة فضل النقد على النسيئة، فكانت شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة.

قلنا: عدم الجواز في بيع المضروب نسيئة تعيّن النص **بقوله: يَدًا بِيَدٍ**، لا بالشبهة؛ لأن في موضع النص الحكم غير مضاف إلى القلة فحينئذٍ كانت الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة.

أو نقول: شبهة الشبهة إنما لا تعتبر إذا لم يكن منصوصًا عليها، وأمَّا إذا كانت الحرمة منصوصًا عليها في الموضع الذي فيه شبهة الشبهة كان ثبوت الحرمة باعتبار النص لا باعتبار شبهة الشبهة، وفيما نحن فيه وهو بيع المضروب بالمصبوغ جاءت الحرمة نصًّا ذكره في «المبسوط»، وهو ما رُوي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «الذهب بالذهب مثل بمثل، والورق بالورق مثل بمثل، لا تفضّلوا بعضها على بعض، لا يباع منها غائب يتأخر، فإنِّي أخاف عليكم الدماء، والدماء وهو الربا، وإن استنظرك إلى أن يدخل بيته فلا تنظره»، ومعنى قوله: لا يباع منها غائب يتأخر، أي: نسيئة بنقد، واسم الذهب والورق يتناول المصبوغ منهما، فلمَّا كان كذلك كانت الحرمة فيه ثابتة بالنص، لا بشبهة الشبهة.

وقوله: فَلَا يَتَحَقَّقُ، بالنصب على جواب النفي بالفاء وهو **قوله: ثُمَّ لا بُدَّ**.

قوله: لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وفيما بعده: وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ.

ثم ذكر في الكتاب اشتراط التقابض في المجلس وإن كانا يتعينان كالمصبوغ، ولم يذكر

فَيُشْتَرَطُ قَبْضُهُ اعْتِبَارًا لِلشُّبْهَةِ فِي الرِّبَا، وَالمُرَادُ مِنْهُ الِافْتِرَاقُ بِالأَبْدَانِ، حَتَّى

اشتراط المساواة في الوزن إذا كانا مصبوغين من الذهب والفضة.

ولا يقال: قد ذكر ذلك؛ لأنه قال: فَإِنْ بَاعَ فِضَّةً بِفِضَّةٍ أَوْ ذَهَبًا بِذَهَبٍ لا يَجُوزُ إلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، فاسم الذهب والفضة يتناول المصبوغ منهما وغير المصبوغ؛ لأنا نقول: كما ذكر ذلك ذكر قوله أيضًا: وَلَا بُدَّ مِنْ قَبْضِ العِوَضَيْنِ، أي: من الذهب والفضة المذكورين، ومع ذلك ذكر **قوله:** فَوَجَبَ قَبْضُهُمَا سَوَاءٌ كَانَا يَتَعَيَّنَانِ كَالمَصُوغِ، أَوْ لا يَتَعَيَّنَانِ كَالمَضْرُوبِ، حيث أعاد ذكر القبض في المصبوغ مع ذكره في مطلق الذهب والفضة، ولم يعد ذكر المساواة في الوزن في المصبوغ كما أعاد ذكر القبض فيه.

ثم اعلم أن المساواة في الوزن شرط في الذهب والفضة إذا بيع كل واحد منهما بجنسه، وإن كان هو إناء مصبوغًا، حتى لو باع إذا قبضه بإناء فضة متفاضلاً لا يجوز وإن كان يدًا بيد؛ لأن المساواة شرط في الأموال الربوية إذا قوبلت بجنسها.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما لو باع إناءه مصبوغًا من نحاس بإناء مصبوغ متفاضلًا يجوز، مع أن بيع النحاس بالنحاس متفاضلًا لا يجوز، وكذلك في الإناء المتخذ من الشَّبه[1] أو الصُّفر أو الحديد بإناء من جنسه متفاضلًا يجوز، ولا يجوز بيع الحديد بالحديد متفاضلًا، فعلى هذا ينبغي أن يجوز بيع إناء فضة بإناء فضة متفاضلًا، وإن كان لا يجوز بيع الفضة بالفضة متفاضلًا.

قلتُ: قد فرق بينهما حيث قيل بجواز بيع إناء مصبوغ من غير الذهب والفضة بإناء مصبوغ من جنسه متفاضلًا، وعدم جوازه في بيع الإناء المصبوغ من الذهب والفضة بإناء مصبوغ من جنسه متفاضلًا، ووجه الفرق هو أن صفة الوزن في الذهب والفضة منصوص عليها فلا يتعين ذلك بالصفة، ولا يخرج من أن يكون موزونًا في العادة والعادةُ لا تعارض النص.

وأمَّا في الحديد والشَّبه وما أشبه ذلك فصفة الوزن ثابتة بالعرف، فيخرج من أن تكون

(١) في هامش مراد ملا – الثالثة (م٣): الشَّبه: ضربٌ من النحاس، يقال: كوز شَبَهٍ، وشِبْهٍ بمعنًى. (صحاح)

لَوْ ذَهَبَا عَنِ المَجْلِسِ يَمْشِيَانِ مَعًا فِي جِهَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ نَامَا فِي المَجْلِسِ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِمَا لا يَبْطُلُ الصَّرْفُ، لِقَوْلِ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَإِنْ وَثَبَ مِنْ سَطْحٍ فَثِبْ مَعَهُ، وَكَذَا المُعْتَبَرُ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي قَبْضِ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ، بِخِلَافِ خِيَارِ المُخَيَّرَةِ؛ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالإِعْرَاضِ فِيهِ.

موزونًا بالصنعة بالعرف، ويتعارف الناس بيع المصبوغ منه عددًا، كذا في «المبسوط» في أواخر الباب الأوّل من كتاب البيوع، وقد ذكرناه مرَّة في باب الربا.

قوله: فِي جِهَةٍ وَاحِدَةٍ، قيِّد بها؛ لأنَّهما لو مشيا في جهتين مختلفتين يبطل الصرف لوجود الافتراق بالأبدان.

وذكر في «الذخيرة»: ولو قاما عن مجلس الصرف وذهبا معًا في جهة واحدة فرسخًا أو ما أشبه ذلك، ثم تقابضا قبل أن يفارق أحدهما صاحبه جاز العقد، وكذلك لو طال قعودهما في مجلس العقد.

قوله: وَإِنْ وَثَبَ مِنْ سَطْحٍ فَثِبْ مَعَهُ، أوّل الحديث هو ما ذكره في «المبسوط» فقال: «وعن ابن جبلة قال: سألتُ عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلتُ: إنا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة، وعندهم الورق الكاسدة، أفنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف؟ فقال: لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب، ولا تفارقه حتى تستوفي وإن وثب من سطح فثِبْ معه».

وفيه دليل أن المفتي إذا بيَّن جواب ما سُئل عنه فلا بأس بأن يبيّن للسائل الطريق الذي يحصل مقصوده مع التحرز عن الحرام، ولا يكون هذا مما هو مذموم من تعليم الحيَل، وفيه دليل على أن القيام عن المجلس من غير افتراق لا يمنع بقاء العقد فإنه قال: وَإِنْ وَثَبَ مِنْ سَطْحٍ فَثِبْ مَعَهُ، للتحرّز عن مفارقة أحدهما صاحبه قبل القبض.

قوله: بِخِلَافِ خِيَارِ المُخَيَّرَةِ، وعن محمد في رواية أخرى أنه جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة حتى قال: يبطل بما هو دليل الإعراض كالقيام عن المجلس، كذا في «الذخيرة».

(وَإِنْ بَاعَ الذَّهَبَ بِالفِضَّةِ جَازَ التَّفَاضُلُ) لِعَدَمِ المُجَانَسَةِ (وَوَجَبَ التَّقَابُضُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الذَّهَبُ بِالوَرِقِ رِبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ» (فَإِنِ افْتَرَقَا فِي الصَّرْفِ قَبْلَ قَبْضِ العِوَضَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا بَطَلَ العَقْدُ) لِفَوَاتِ الشَّرْطِ وَهُوَ القَبْضُ،

قوله: الذَّهَبُ بِالوَرِقِ رِبًا، - أي: حرام؛ لأن الربا الذي هو الفضل لغة لمَّا كان مستلزمًا للحرام في باب الربا، أطلق لفظ الربا على الحرام - إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، هاءَ بوزن هاعَ بمعنى خذ، ومنه: ﴿هَآؤُمُ ٱقۡرَءُواْ كِتَٰبِيَهۡ﴾ [الحاقة: ١٩]، أي: كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه: هاء، فيتقابضان، وفي بعض الروايات: إلا يدًا بيد هاءَ وهاءَ، وهو تأكيد لقوله: إلا يدًا بيدٍ، كأنه قال: إلا نقدًا مع التقابض، كذا في «المغرب».

قوله: فَإِنِ افْتَرَقَا فِي الصَّرْفِ قَبْلَ قَبْضِ العِوَضَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا بَطَلَ العَقْدُ، قيل: القبض في باب الصرف شرط لبقاء العقد لا لصحة العقد، استدلالًا بهذا اللفظ فإنه قال في الكتاب: فَإِنِ افْتَرَقَا فِي الصَّرْفِ، إلى أن قال: بَطَلَ العَقْدُ، ولا بطلان إلا بعد الصحة.

وقال في «شرح الطحاوي»: العقود في حق التقابض على ثلاثة أوجه:

(١) في وجه: التقابض من الجانبين قبل التصرف شرط لصحته، فهو عقد الصرف.

(٢) وفي وجه: لا يجعل التقابض شرطًا، وهو ما إذا تبايعا عينًا بعين في غير عقد الصرف فإن التقابض ليس بشرط، وكذلك لو تبايعا عينًا بدين كالحنطة بالدراهم.

(٣) وفي وجه: يجعل التقابض من أحد الجانبين شرطًا لصحة العقد، وهو ما إذا تبايعا دراهم بفلوس فالقبض في أحد الجانبين شرط؛ لأنَّهما لو افترقا من غير قبض من الجانبين حصل الافتراق عن دين بدين؛ لأن الدراهم والفلوس لا يتعينان وإن عيّنت وإنما يتعين بالقبض، ولو وجد التقابض من أحد الجانبين جاز؛ لأنَّهما افترقا عن عين بدين.

وكذلك إذا تبايعا كيليًّا بكيليٍّ، أو وزنيًّا بوزنيٍّ الذي يحرم فيه النساء، وأحدُهما عين والآخر دَين والدَّين منهما ثمن، فإنه يجوز ولكن يشترط إحضارُه وقبضه قبل التفريق بالأبدان؛ لأن الدين لا يتعين بالإحصار ما لم يقبض، وكذلك في عقد السلم يشترط القبض

وَلِهَذَا لا يَصِحُّ شَرْطُ الخِيَارِ فِيهِ وَلا الأَجَلُ لِأَنَّ بِأَحَدِهِمَا لا يَبْقَى القَبْضُ مُسْتَحَقًّا وَبِالثَّانِي يَفُوتُ القَبْضُ المُسْتَحَقُّ، إِلَّا إِذَا أُسْقِطَ الخِيَارُ فِي المَجْلِسِ فَيَعُودُ إِلَى

من أحد الجانبين وهو رأس المال.

قوله: وَلِهَذَا لا يَصِحُّ شَرْطُ الخِيَارِ فِيهِ، أي: في الصرف بأن قال: اشتريتُ هذا الدينار بهذه الدراهم على أنّي بالخيار ثلاثة أيام، وكذلك الأجل.

ثم اعلم أن بين الفساد في بيع الصرف بسبب الافتراق قبل القبض، وبين بيع الصرف الذي انعقد في أصله على الفساد من الابتداء بسبب ذكر الأجل، أو شرط الخيار، فرق على قول أبي حنيفة رحمه الله، فإنه إذا كان لرجل جارية وفي عنقها طوق فضة، ووزن الطوق مائة، فباعهما جميعًا من رجل بألف درهم حالة جاز البيع فيهما جميعًا، ويكون الطوق بمائة درهم من الألف صرفًا، والجارية بستعمائة درهم بيعًا، ولو افترقا عن غير القبض من الجانبين بطل الصرف، وبيع الجارية بتسعمائة صحيح، وبمثله لو باعهما بألف إلى أجل، والصرف باطل بالإجماع، ويبطل بيع الجارية أيضًا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند صاحبيه لا يبطل البيع في الجارية بتسعمائة، فأبو حنيفة رحمه الله فرق بين المسألتين فقال في المسألة الأولى: لا يبطل البيع في الجارية؛ لأن العقد فيهما جميعًا انعقد على الصحة، غير أن الصرف إنما يبطل لفوات شرط من شرائطه فلم يوجب ذلك إبطال البيع في الجارية، كما إذا اشترى عبدين بألف درهم فاستحق أحدهما، وفي المسألة الثانية إنما يبطل بيع الجارية؛ لأن عقد الصرف انعقدَ على الفساد فأوجب ذلك فساد بيع الجارية، كما إذا اشترى عبدين فإذا أحدهما حرّ، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: لِأَنَّ بِأَحَدِهِمَا، أي: بشرط الخيار.

قوله: وَبِالثَّانِي، أي: وبالأجل.

قوله: إِلَّا إِذَا أُسْقِطَ الخِيَارُ فِي المَجْلِسِ فَيَعُودُ إِلَى الجَوَازِ، ذكر إسقاطَ الخيار ولم يذكر إسقاطَ الأجل؛ لأنه لو سلّم في المجلس يجوز وإن لم يوجد الإسقاط ذكرًا.

الجَوَازِ لِارْتِفَاعِهِ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ، وَفِيهِ خِلَافُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي ثَمَنِ الصَّرْفِ قَبْلَ قَبْضِهِ، حَتَّى لَوْ بَاعَ دِينَارًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَلَمْ يَقْبِضِ العَشَرَةَ حَتَّى اشْتَرَى بِهَا ثَوْبًا فَالبَيْعُ فِي الثَّوْبِ فَاسِدٌ) لِأَنَّ القَبْضَ مُسْتَحَقٌّ بِالعَقْدِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى، وَفِي تَجْوِيزِهِ فَوَاتُهُ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ العَقْدُ فِي الثَّوْبِ كَمَا نُقِلَ عَنْ زُفَرَ، لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ لَا تَتَعَيَّنُ فَيَنْصَرِفُ العَقْدُ إِلَى مُطْلَقِهَا، وَلَكِنَّا نَقُولُ: الثَّمَنُ فِي بَابِ الصَّرْفِ مَبِيعٌ لِأَنَّ البَيْعَ لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ وَلَا شَيْءَ سِوَى الثَّمَنَيْنِ فَيُجْعَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعًا لِعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ وَبَيْعُ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ لَا يَجُوزُ،

قوله: قَبْلَ تَقَرُّرِهِ، أي: تقرر الفساد.

قوله: حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى؛ لأن الربا حرام حقًّا لله تعالى.

قوله: وَفِي تَجْوِيزِهِ، أي: تجويز شراء الثوب ببدل الصرف من أحد المتعاقدين بعد الصرف.

قوله: كَمَا نُقِلَ عَنْ زُفَرَ، وإنما ذكره بكلمة: عَنْ؛ لأن الظاهر من مذهب زفر كمذهب علمائنا الثلاثة في أن الاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز، ذكره في «الذخيرة».

قوله: فَيَنْصَرِفُ العَقْدُ إِلَى مُطْلَقِهَا، أي: مطلق الدراهم، بأن اشترى الثوب ولم يضف إلى بدل الصرف فإنه يجوز، وكذلك إذا أضاف إلى بدل الصرف؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان وإن كانت موجودة مشارًا إليها فكذلك إذا كانت دينًا؛ لأن ما لا يتعين بالتعيين إذا كان عينًا لا يتعين بالتعيين إذا كان دينًا، وإذا كان كذلك كانت الإضافة إلى بدل الصرف والإطلاق سواءً، إلا أنا نقول: إن قبض بدل الصرف واجب بالسنة والاستبدال يفوّت القبض المستحق، فكان شرط إيفاء الثمن من بدل الصرف شرطًا فاسدًا فيمنع الجواز لإسقاط الثمن به، والدينُ يتعين في حق القدر والوصف والاستحقاق فيما يرجع إلى الإسقاط، كذا في «الفوائد الظهيريَّة»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان.

وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ كَوْنِهِ مَبِيعًا أَنْ يَكُونَ مُتَعَيِّنًا كَمَا فِي الْمُسْلَمِ فِيهِ.

قوله: وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ كَوْنِهِ مَبِيعًا أَنْ يَكُونَ مُتَعَيِّنًا، هذا جوابُ سؤال مقدر وهو أن يقال: لو كان بدل الصرف مبيعًا يجب أن يكون متعينًا؛ لأن المبيع متعين، قلنا: المسلم فيه مبيع ومع ذلك هو غير متعين، بل هو واجب في الذمة غير عين.

ولأن شبهة كونه متعينًا قد ظهرت في البيع الثاني وهو شراء الثوب ببدل الصرف حتى يحصل به تقدير الثمن وإن لم يكن متعينًا في نفسه، وهو نظير ما إذا غصب الدراهم واشترى بها شيئًا بأن أشار إليهما ودفع منها يحرم الانتفاع بالمشتَرَى، مع أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود، لكن لمَّا حصل بها تقدير الثمن وإسقاط ما وجب في ذمته بِها قلنا بحرمة الانتفاع بالمشترى، والشبهة في باب الربا ملحقة بالحقيقة.

فإن قيل: ينبغي أن يتعين الدراهم في مسألتنا للثمنية لدخول الباء فيها حيث قال: بَاعَ دِينَارًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ، والباء مخصوصة لدخولها في الأثمان.

قلنا: ذاك في الأثمان الجعلية كالحنطة، والشعير، والحديد، من المكيلات والموزونات التي ليست من الدراهم والدنانير إذا كانت دينًا، وأمَّا في بيع الصرف وكل واحد من البدلين ثمن ومثمن لتعيّنهما للثمنية خلقة، كالسلع التي ليست من الموزونات والمكيلات كل واحد من البدلين ثمنٌ ومثمن، فجعل كل واحد منهما ثمنًا ومثمنًا.

وقوله: فَيُجْعَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعًا لِعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ، هذا هو الوجه الثانِي الذي ذكره في «الذخيرة» في تعليل المسألة، فوجهه أن عقدَ الصرف بيعٌ؛ لأنه مبادلة مال بمال، ولهذا لو حلف لا يبيع فصار ويحنث في يمينه، والبيع ما يشتمل على مبيع وثمن، وليس كل واحد من بدل الصرف بأن يجعل أحدهما مبيعًا والآخر ثمنًا أوْلَى من الآخر، فجعل كل واحد مبيعًا من وجه وثمنًا من وجه ضرورة انعقاد البيع، وإن كان كل واحد منهما ثمنًا حقيقة، ألا ترى في بيع العرض بالعرض اعتبر كل واحد منهما ثمنًا من وجه مبيعًا من وجه ضرورة انعقاد البيع، وإن كان كل واحد منهما مبيعًا حقيقة، كذا هاهُنا.

وإذا كان كذلك لو جاز الاستبدال به قبل القبض من حيث أنه ثمن، لا يجوز الاستبدال

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ الذَّهَبِ بِالفِضَّةِ مُجَازَفَةً) لِأَنَّ المُسَاوَاةَ غَيْرُ مَشْرُوطَةٍ فِيهِ وَلَكِنْ

به قبل القبض من حيث أنه مثمن، فلا يجوز بالشك، كما قلنا في التأجيل في بدل الصرف: إن جاز من حيث أنه ثمن لا يجوز من حيث أنه مثمن، فلا يجوز بالشك كما قلنا.

وأمَّا الوجه الأول فهو ما ذكره فيها بأن الاستبدال ببدل الصرف قبل القبض يفوت قبض بدل الصرف من حيث الحقيقة إلى آخره.

فإن قيل: لو جعل كل واحد منهما مبيعًا لا يشترط قيام الملك في كل واحد منهما حالة العقد، حتى لا يصير بائعًا ما ليس عنده، وبالإجماع لم يشترط قيام الملك في الدراهم والدنانير وقت العقد، فقد ذكر في الكتاب: لو باع رجل من آخر دينارًا بدرهم، وليس في ملك هذا دينار ولا في ملك ذاك دراهم، ثم استقرض هذا دراهم ودفعها إلى مشتريها، واستقرض الآخر دينارًا ودفعه إلى مشتريه فإنه يجوز.

قلنا: الدنانير والدراهم قبل العقد وحالة العقد ثمن من كل وجه، وإنما يعتبر مثمنًا من وجه بعد العقد؛ لأن اعتباره مثمنًا بسبب العقد ضرورة أن العقد لا بد له من مثمن كما لا بد له من ثمن، فيعتبر كونه مثمنًا بعد العقد لا قبله، فلا يشترط قيامُ الملك فيه قبل العقد، وهذا كما في بيع العرض بالعرض، فإن كونه ثمنًا لا يثبت قبل العقد بوجه من الوجوه؛ لأنه مثمن في الأصل، وإنما يصير ثمنًا بسبب العقد ضرورة أن العقد لا بد له من ثمن، فيعتبر كونه مثمنًا قبل العقد حتى يشترط قيام الملك في كل واحد منهما حالة العقد ويتعلق العقد بهما، ويعتبر كونه ثمنًا بعد العقد حتى لا ينفسخ العقد بهلاك أحدهما بعد البيع قبل القبض، كما لو كان ثمنًا من كل وجه، كذا هنا، وإذا اعتبرت الثمنية قبل العقد في البدلين من كل وجه لا يشترط قيام الملك فيهما قبل العقد، ولا يتعلق العقد بالمشار إليه.

فإن قيل: أليس أنه لو اشترى قُلْبَ فضة بدارهم واستبدل بالدراهم قبل القبض لا يجوز عندكم، مع أن الدراهم بمقابلة القلب ثمن من كل وجه؛ إذ لا ضرورة إلى جعلها مثمنًا من وجه؛ لأن القلبَ بمقابلتها مثمن من كل وجه، فعُلِم بِهذا أن حرمة الاستبدال فيما نحن فيه لا باعتبار أن كل واحد من البدلين مبيع.

يُشْتَرَطُ القَبْضُ فِي المَجْلِسِ لِمَا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ بَيْعِهِ بِجِنْسِهِ مُجَازَفَةً لِمَا فِيهِ مِن احْتِمَالِ الرِّبَا.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ جَارِيَةً قِيمَتُهَا أَلْفُ مِثْقَالِ فِضَّةٍ وَفِي عُنُقِهَا طَوْقُ فِضَّةٍ قِيمَتُهُ أَلْفُ مِثْقَالٍ بِأَلْفَيْ مِثْقَالِ فِضَّةٍ وَنَقَدَ مِنَ الثَّمَنِ أَلْفَ مِثْقَالٍ ثُمَّ افْتَرَقَا فَالَّذِي نَقَدَ ثَمَنُ الفِضَّةِ) لِأَنَّ قَبْضَ حِصَّةِ الطَّوْقِ وَاجِبٌ فِي المَجْلِسِ لِكَوْنِهِ بَدَلَ الصَّرْفِ، وَالظَّاهِرُ مِنْهُ الإِتْيَانُ بِالوَاجِبِ (وَكَذَا لَوِ اشْتَرَاهَا بِأَلْفَيْ مِثْقَالٍ أَلْفٍ نَسِيئَةً وَأَلْفٍ نَقْدًا فَالنَّقْدُ

قلنا: جواز الاستبدال ببدل القلب إن كان لا يمتنع للوجه الثاني؛ لأن الدراهم بمقابلة القُلب ثمن من كل وجه بمبيع للوجه الأول، وهو أن الاستبدال ببدل القلب لو صحَّ يفوت قبض بدل القلب في الصرف، وفوت قبض بدل القلب يوجب فساد الصرف، وما يكون سببًا لفساد العقد يكون فاسدًا في نفسه، كذا في «الذخيرة».

قوله: بِخِلَافِ بَيْعِهِ بِجِنْسِهِ مُجَازَفَةً لِمَا فِيهِ مِنِ احْتِمَالِ الرِّبَا، وإن كانا متساويين في الوزن في الواقع لا يجوز أيضًا؛ لأن العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحة العقد، وقد ذكرنا أنَّهما لو تبايعا ذهبًا بذهب مجازفة وافترقا بعد التقابض، ثم علما بالوزن أنَّهما كانا متساويين لا يجوز عندنا، خلافًا لزفر رحمه الله، وقد ذكرناه في أوائل هذا الكتاب الذي نحن فيه.

قوله: لِأَنَّ قَبْضَ حِصَّةِ الطَّوْقِ وَاجِبٌ فِي المَجْلِسِ؛ لأنه صرف، ولا يتفاوت في بيع الصرف بأن يكون مع أحد بدلية العرض، بل يكون العقد صرفًا في الأثمان.

وذكر في أوَّل كتاب الصرف من «المحيط»: الصرف اسم لنوع بيع، وهو مبادلة الأثمان بعضها ببعض من الذهب والفضة مفردًا أو مجموعًا مع غيره، يريد بقوله: أو مجموعًا مع غيره، مع ما إذا باع ثوبًا وذهبًا بفضة فحصة الذهب صرف؛ لأنه يقابله ثمن، وحصة الثوب بيع.

قوله: وَالظَّاهِرُ مِنْهُ الإِتْيَانُ بِالوَاجِبِ، فيحمل عليه، كما إذا ترك سجدة صلبية في الصلاة وبينها أيضًا ثم أتى بسجدتَي السهو، وسلم بصرف إحدى سجدتَي السهو إلى الصلبية وإن لم ينوها

ثَمَنُ الطَّوْقِ) لِأَنَّ الأَجَلَ بَاطِلٌ فِي الصَّرْفِ جَائِزٌ فِي بَيْعِ الجَارِيَةِ، وَالمُبَاشَرَةُ عَلَى وَجْهِ الجَوَازِ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْهُمَا (وَكَذَلِكَ إِنْ بَاعَ سَيْفًا مُحَلًّى بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَحِلْيَتُهُ خَمْسُونَ فَدَفَعَ مِنَ الثَّمَنِ خَمْسِينَ جَازَ البَيْعُ وَكَانَ المَقْبُوضُ حِصَّةَ الفِضَّةِ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ ذَلِكَ لِمَا بَيَّنَّا، وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ: خُذْ هَذِهِ الخَمْسِينَ مِنْ ثَمَنِهِمَا) لِأَنَّ الاِثْنَيْنِ قَدْ يُرَادُ بِذِكْرِهِمَا الوَاحِدُ، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللُّؤْلُؤُ وَالمَرْجَانُ﴾ [الرحمن:

ليكون الإتيان بها على وجه الصحة، وكذلك لو طاف طواف الصدر ولم يطف طواف الزيارة فإن طواف الصدر ينقل إلى طواف الزيارة ليكون الإتيان بالحج على وجه الصحة، والخروج عن عهدة الفرض، وذلك فيما قلنا.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، وهو **قوله:** وَالظَّاهِرُ مِنْهُ الإِتْيَانُ بِالوَاجِبِ.

قوله: لِأَنَّ الاِثْنَيْنِ قَدْ يُرَادُ بِذِكْرِهِمَا الوَاحِدُ، أي: قد يراد الواحد بذكر الاثنين عند قيام الدلالة على ذلك، ومن الدليل فيما نحن فيه وجوب أداء ثمن الحلية في المجلس لكونه صرفًا، دون ثمن السبق فإنه ليس بصرف.

قوله: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللُّؤْلُؤُ وَالمَرْجَانُ﴾، وإنما يخرجان من الملح دون العذب، وإنما قال: مِنْهُمَا، مع أن الخروج من أحدهما؛ لما أن العذب والملح يلتقيان فيكون العذب كاللقاح للملح، كما يقال: يخرج الولدُ من الذكر والأنثى وإنما تلده الأنثى.

وقيل: من عادة العرب أنَّها تجمع شيئين لأحدهما فعل فيجعل الفعل لهما، وهو كقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا بَلَغَا مَجْمَعَ بَيْنِهِمَا نَسِيَا حُوتَهُمَا﴾ [الكهف: ٦١]، وكان الناسي صاحب موسى عليه السلام وحده، وقوله تعالى: ﴿يَٰمَعْشَرَ ٱلْجِنِّ وَٱلْإِنسِ أَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِّنكُمْ﴾ [الأنعام: ١٣٠]، والرسل من الإنس دون الجن، كذا في «التيسير».

وذكر في «الجامع»: ولو قال رجل لامرأتيه: إذا حضتما حيضة فأنتما طالقان، أو قال: إذا ولدتما ولدًا فأنتما طالقان، ففي القياس: هذا لغو من الكلام ولا يتعلق به حكم؛ لأن ولادة

٢٢] وَالمُرَادُ أَحَدُهُمَا فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ لِظَاهِرِ حَالِهِ (فَإِنْ لَمْ يَتَقَابَضَا حَتَّى افْتَرَقَا بَطَلَ العَقْدُ فِي الحِلْيَةِ) لِأَنَّهُ صُرِفَ فِيهَا (وَكَذَا فِي السَّيْفِ إِنْ كَانَ لا يَتَخَلَّصُ إِلَّا بِضَرَرٍ) لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ بِدُونِ الضَّرَرِ، وَلِهَذَا لا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالبَيْعِ كَالجِذْعِ فِي السَّقْفِ (وَإِنْ كَانَ يَتَخَلَّصُ بِغَيْرِ ضَرَرٍ جَازَ البَيْعُ فِي السَّيْفِ وَبَطَلَ فِي الحِلْيَةِ) لِأَنَّهُ أَمْكَنَ إِفْرَادُهُ بِالبَيْعِ فَصَارَ كَالطَّوْقِ وَالجَارِيَةِ، وَهَذَا إِذَا كَانَتِ الفِضَّةُ المُفْرَدَةُ أَزْيَدَ

ولد واحد، وطهور حيضة واحدة من المرأتين لا يتصور، ولكنا عملنا بالاستحسان بالمجاز كيلا يلغو كلامه وقلنا: إذا حاضت إحداهما وقع الطلاق عليهما، وكذلك إن ولدت إحداهما ولدًا وقع الطلاق عليهما.

وقد يُضاف الشيء إلى الاثنين والمراد به واحد كما في النظائر، بخلاف ما إذا قال لهما: إذا حضتما فأنتما طالقان فحاضت إحداهما لم يقع على أحد شيء حتى تحيض الأخرى، فإن حاضتا وقع الطلاق عليهما، وكذلك له قال: إن ولدتما فأنتما طالقان، فولدت إحداهما لا تطلق حتى تلد الأخرى؛ لما أن العمل بالحقيقة ممكن، فإن فعل الحيض والولادة منهما متصوّر فيشترط وجوده منهما؛ لأن الجزاء لا يتوزع على أجزاء الشرط، بل إنما ينزل الجزاء عند تمام الشرط، وذلك فيما إذا وجد الحيض والولادة منهما جميعًا.

وأمّا إذا قال: خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة، فقال الآخر: نعم، أو قال: لا، وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية؛ لأن الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد أو الإضافة، ولا مساواة بعد تصريح الدافع يكون المدفوع من ثمن السيف خاصة، والقول في ذلك قوله؛ لأنه هو المالك فالقول في بيان جهته قوله، كذا في «المبسوط» في باب الإجارة من عمل التموية من كتاب الصرف، إلا أنه وضع المسألة في اشتراء القلب مع الثوب، والحلية في مسألتنا إذا كانت تتخلص من السيف بدون الضرر صارت بمنزلة القلب مع الثوب، والطوق مع الجارية.

قوله: وَهَذَا إِذَا كَانَتِ الفِضَّةُ المُفْرَدَةُ أَزْيَدَ مِمَّا فِيهِ، وفي «المبسوط»: فأمّا بيعها - أي:

مِمَّا فِيهِ، فَإِنْ كَانَتْ مِثْلَهُ أَوْ أَقَلَّ مِنْهُ أَوْ لا يَدْرِي لا يَجُوزُ الْبَيْعُ لِلرِّبَا، أَوْ لِاحْتِمَالِهِ، وَجِهَةُ الصِّحَّةِ مِنْ وَجْهٍ وَجِهَةُ الْفَسَادِ مِنْ وَجْهَيْنِ فَتَرَجَّحَتْ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ إِنَاءَ فِضَّةٍ ثُمَّ افْتَرَقَا وَقَدْ قَبَضَ بَعْضَ ثَمَنِهِ بَطَلَ الْبَيْعُ فِيمَا لَمْ يُقْبَضْ وَصَحَّ فِيمَا قُبِضَ وَكَانَ الإِنَاءُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ صَرْفٌ كُلُّهُ فَصَحَّ فِيمَا وُجِدَ

بيع الحلية مع السيف بالفضة - فعلى أربعة أوجه:

(١) إن كان يعلم أن فضة الحلية أكثر فهو فاسد.

(٢) وكذلك إن كانت الحلية مثل النقد في الوزن؛ لأن الجفن والحمائل فضل خال عن العوض، فإن مقابلة الفضة بالفضة في البيع يكون بالأجزاء.

(٣) وإن كان يعلم أن الفضة في الحلية أقل جاز العقد، على أن يجعل المثل بالمثل والباقي بإزاء الجفن والحمائل عندنا، خلافًا للشافعي.

(٤) وإن كان لا يدري أيتهما أقل فالعقد فاسد عندنا لعدم العلم بالمساواة عند العقد، وتوهم الفضل، وعند زفر رحمه الله هذا يجوز؛ لأن الأصل هو الجواز، والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به يكون العقد محكومًا بجوازه، والجواب ما ذكر في الكتاب.

قوله: وَجِهَةُ الْفَسَادِ مِنْ وَجْهَيْنِ فَتَرَجَّحَتْ، فالوجهان: ما إذا كان الذي لا يدري أنه مثل الحلية في السيف، أو مثل الطوق في الجارية، وما إذا كان أقل من الحلية أو من الطوق، وأمَّا وجه الجواز ما إذا كان الذي لا يدري أزيد من الحلية في السيف، أو من الطوق في الجارية.

فإن قيل: الترجيح إنما يكون لشيء لا يكون علة لإثبات الحكم ابتداءً، وهاهُنا كل واحد من الجهتين أعني المساواة والنقصان من المقرر علة عدم الجواز ابتداءً، فلا يصلح للترجيح، قلنا: مراده أنه إذا كان أحدهما يكفي للحكم فما ظنك عند اجتماعهما، لا للترجيح الحقيقي، كذا نقل عن العلامة مولانا شمس الدين الكردري رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهُ صَرْفٌ كُلُّهُ، وبهذا يحترز عن المسألتين المتقدمتين، وهما بيع جارية وفي عنقها طوق فَضة بألفي مثقال، وبيع سيف محلًّى بمائة درهم، فإن كل واحدة منهما بيع

شَرْطُهُ وَبَطَلَ فِيمَا لَمْ يُوجَدْ، وَالفَسَادُ طَارِئٌ لِأَنَّهُ يَصِحُّ ثُمَّ يَبْطُلُ بِالِافْتِرَاقِ فَلَا يَشِيعُ. قَالَ: (وَلَوْ اُسْتُحِقَّ بَعْضُ الإِنَاءِ فَالمُشْتَرِي بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ البَاقِيَ بِحِصَّتِهِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ) لِأَنَّ الشَّرِكَةَ عَيْبٌ فِي الإِنَاءِ (وَمَنْ بَاعَ قِطْعَةَ نُقْرَةٍ ثُمَّ اُسْتُحِقَّ بَعْضُهَا أَخَذَ مَا بَقِيَ بِحِصَّتِهَا وَلَا خِيَارَ لَهُ) لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ دِرْهَمَيْنِ وَدِينَارًا بِدِرْهَمٍ وَدِينَارَيْنِ جَازَ البَيْعُ وَجُعِلَ كُلُّ جِنْسٍ بِخِلَافِهِ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا يَجُوزُ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا بَاعَ كُرَّ شَعِيرٍ وَكُرَّ حِنْطَةٍ بِكُرَّيْ شَعِيرٍ وَكُرَّيْ حِنْطَةٍ: وَلَهُمَا أَنَّ فِي الصَّرْفِ إِلَى خِلَافِ الجِنْسِ تَغْيِيرَ تَصَرُّفِهِ لِأَنَّهُ قَابَلَ الجُمْلَةَ بِالجُمْلَةِ.

وَمِنْ قَضِيَّتِهِ الِانْقِسَامُ عَلَى الشُّيُوعِ لَا عَلَى التَّعْيِينِ، وَالتَّغْيِيرُ لَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ فِيهِ تَصْحِيحُ التَّصَرُّفِ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى قَلْبًا بِعَشَرَةٍ وَثَوْبًا بِعَشَرَةٍ ثُمَّ بَاعَهُمَا مُرَابَحَةً لَا يَجُوزُ وَإِنْ أَمْكَنَ صَرْفُ الرِّبْحِ إِلَى الثَّوْبِ، وَكَذَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ بَاعَهُ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ مِنَ البَائِعِ مَعَ عَبْدٍ آخَرَ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ لَا يَجُوزُ فِي المُشْتَرَى

وصرف، فأثبتَ الحكم فيهما على حسب ما يقتضيه الدليل.

قوله: وَمِنْ قَضِيَّتِهِ - أي: ومن قضية المقابلة على تأويل التقابل - الِانْقِسَامُ عَلَى الشُّيُوعِ لَا عَلَى التَّعْيِينِ، ألا ترى أن من اشترى جاريةً وعبدًا بفرس وثوب، ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد من الثوب والفرس جميعًا، ولو لا أن قضية المقابلة الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعًا.

وذكر في «الإيضاح»: ومعنى الشيوع هو أن يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر.

قوله: كَمَا إِذَا اشْتَرَى قَلْبًا - أي: وزنه عشرة - بِعَشَرَةٍ، بعشرة دراهم.

بِأَلْفٍ وَإِنْ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ بِصَرْفِ الأَلْفِ إِلَيْهِ. وَكَذَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدِ غَيْرِهِ وَقَالَ بِعْتُكَ أَحَدُهُمَا لا يَجُوزُ وَإِنْ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ بِصَرْفِهِ إِلَى عَبْدِهِ.

وَكَذَا إِذَا بَاعَ دِرْهَمًا وَثَوْبًا بِدِرْهَمٍ وَثَوْبٍ وَافْتَرَقَا مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ فَسَدَ العَقْدُ فِي الدِّرْهَمَيْنِ وَلا يُصْرَفُ الدِّرْهَمُ إِلَى الثَّوْبِ لِمَا ذَكَرْنَا. وَلَنَا أَنَّ المُقَابَلَةَ المُطْلَقَةَ تَحْتَمِلُ مُقَابَلَةَ الفَرْدِ بِالفَرْدِ كَمَا فِي مُقَابَلَةِ الجِنْسِ بِالجِنْسِ، وَأَنَّهُ طَرِيقٌ مُتَعَيِّنٌ

قوله: وَإِنْ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ بِصَرْفِ الأَلْفِ إِلَيْهِ، أي: إلى المشتري؛ لأنه لو صرف الألف إلى المشتري لا يكون شراء ما باع بأقل مما باع، بل يكون شراء ما باع بمثل ما باع، ومع ذلك لا يصرف الألف إلى المشتري؛ لأنه لو صرف يلزم تغيير العقد.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، وهو **قوله:** وَمِنْ قَضِيَّتِهِ الاِنْقِسَامُ عَلَى الشُّيُوعِ لا عَلَى التَّعْيِينِ، وَالتَّغْيِيرُ لا يَجُوزُ.

قوله: وَلا يُصْرَفُ ... إِلَى الثَّوْبِ، أي: ولا يصرف الدرهم إلى الثوب.

قوله: وَلَنَا أَنَّ المُقَابَلَةَ المُطْلَقَةَ تَحْتَمِلُ مُقَابَلَةَ الفَرْدِ بِالفَرْدِ كَمَا فِي مُقَابَلَةِ الجِنْسِ بِالجِنْسِ، كما إذا باع قفيز حنطة بقفيزي حنطة يبطل العقد؛ لأن القفيز الواحد يقابل القفيز الواحدَ والقفيز الآخر يبقى فضلًا، فلا يجوز لذلك.

قوله: وَأَنَّهُ طَرِيقٌ مُتَعَيِّنٌ لِتَصْحِيحِهِ، أي: وأن مقابلة الفرد بالفرد بأن يكون الواحد بالواحد والاثنين بالاثنين، فيلزم منه صرف الشيء إلى خلاف جنسه فيما نحن فيه فيصح العقد، ادعى أولًا احتمالَ مقابلة الفرد بالفرد نفيًا لقول الخصم، فإنه يقول بالانقسام في الشيوع، وعدم احتمال العقد مقابلةَ الفرد بالفرد، ثم ذكر تعيّن مقابلة الفرد بالفرد هاهُنا لتعيّن صحة العقد فيه فيُحمل عليه.

فإن قيل: لا نسلم بأن طريق الصحة متعيّن فيما قلتم بل له وجوه أخر أيضًا، وهو أن يقال: درهم من الدرهمين بمقابلة درهم، ودينار من الدينارين بمقابلة دينار، ودينار

لِتَصْحِيحِهِ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ،

من الدينارين بمقابلة درهم باق من الدرهمين.

قلنا: ما قلنا متعين للصحة لقلة وقوع التغيير؛ وذلك لأن فيما ذكرنا تغييرين: وذلك صرف درهم إلى دينار، ودينارين إلى درهمين، وفيما ذكرتُ ثلاث تغييرات: وهي صرف درهم إلى درهم، ودينار إلى دينار، ودرهم إلى دينار، فكان الذي هو أقل تغييرًا متعيّنًا في التصحيح.

وذكر في «الإيضاح»: الأصل في هذا الباب أن صفقة البيع إذا اشتملت على إبدال وجبت قسمةُ أحد البدلين على الآخر، وتظهر الفائدة في الردّ بالعيب، والرجوع بالثمن عند الاستحقاق، ووجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة، فإن كان العقد لا ربا فيه وإن كان ممّا لا يتفاوت فالقسمة على الأجزاء، وإن كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة، وأمّا ما فيه الربا فإنه يجب القسمة على الوجه الذي يصح العقد، مثاله إذا باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار صح العقد فيكون الخمسة بالخمسة، والخمسة الأخرى بإزاء الدينار.

ولذلك لو قابل جنسين بجنسين كما في مسألة الكتاب، بأن باع درهمين ودينارًا بدينارين ودرهم صح العقد، ويجعل كل جنس بمقابلة الجنس الآخر، وهذا مذهبنا، وقال الشافعي رحمه الله: البيع باطل في جميع ذلك؛ لأن مطلق المقابلة يقتضي أن يكون بطريق الشيوع، وهو أن يكون لكل واحد من البدلين حظّ من جملة الآخر.

وذكر في «الذخيرة»: الأصل في جنس هذه المسائل أن الأموال الربوية يصرف الجنس إلى الجنس في المبادلات إذا لم يكن في صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة، وإن كان في صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة يصرف الجنس إلى خلاف الجنس، وإنما وجب صرف الجنس إلى الجنس عند جواز العقد بالنصّ، وهو قوله صلّى الله عليه وسلّم: «الذهب بالذهب مثلًا بمثل، والفضة بالفضة مثلًا بمثل»، فقد جعل الجنس بالجنس حالة المماثلة، وحال المماثلة في الأموال الربوية حالة جواز العقد.

ونوع من المعنى يدل عليه أنا لو صرفنا الجنس إلى خلاف الجنس احتجنا إلى التقييم بآرائنا واجتهادنا، وإذا صرفنا الجنس إلى الجنس استغنينا عن الاجتهاد فإنه لا مزية لأحدهما

وَفِيهِ تَغْيِيرُ وَصْفِهِ لا أَصْلِهِ لِأَنَّهُ يَبْقَى مُوجِبُهُ الأَصْلِيُّ وَهُوَ ثُبُوتُ المِلْكِ فِي الكُلِّ بِمُقَابَلَةِ الكُلِّ، وَصَارَ هَذَا كَمَا إِذَا بَاعَ نِصْفَ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ يَنْصَرِفُ إِلَى نَصِيبِهِ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ بِخِلَافِ مَا عُدَّ مِنَ المَسَائِلِ. أَمَّا مَسْأَلَةُ المُرَابَحَةِ فَلِأَنَّهُ يَصِيرُ تَوْلِيَةً فِي القَلْبِ بِصَرْفِ الرِّبْحِ كُلِّهِ إِلَى الثَّوْبِ.

على الآخر في المالية؛ لأن المالية تنشأ عن الذات، فإذا استويا في الذات استويا في القيمة من حيث القطع.

وإنما وجب صرف الجنس إلى خلاف الجنس إذا كان في صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة؛ لأن صرف الجنس إلى الجنس إذا لم يكن فيه فساد العقد بالنصّ، ولا نصَّ فيما إذا كان في صرف الجنس إلى الجنس فساد العقد فيطلب له دليل آخر، وقد وجد دليل آخر يوجب صرف الجنس إلى خلاف الجنس وهو ظاهر عقلهما ودينهما؛ لأن الظاهر من حال العاقل المتديّن مباشرة الجائز من العقود دون الفاسد، والجواز هاهُنا في صرف الجنس إلى خلاف الجنس.

قوله: وَفِيهِ تَغْيِيرُ وَصْفِهِ لا أَصْلِهِ، أي: وفيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد تغيير وصف العقد؛ لما أن وصف العقد يقتضي الانقسام بالشيوع كما قاله الخصم؛ لأنه قابل الجملة بالجملة وذلك يقتضي الانقسام بالشيوع، لكن في الانقسام بالشيوع تغيير أصل العقد؛ لأن أصل العقد الصحيح يثبت الملك قبل القبض، فلو قلنا بالانقسام بالشيوع يفسد العقد ولا يثبت الملك قبل القبض، وكان تغيير أصل العقد بسبب رعاية وصف العقد، وفيما قلنا وهو مقابلة الفرد بالفرد إبقاء لأصل العقد على قضيّته، وهو ثبوت الملك في الكل قبل القبض مع تغيير الوصف كما قلنا، فكان هذا أهْوَن التغييرين فكان أوْلَى.

وذكر في «المبسوط»: ولو صرف الجنس إلى خلاف الجنس صح العقد، ولا معارضة بين الجائز والفاسد والجائز مشروع بأصله ووصفه، والفاسد مشروع بأصله حرام بوصفه، وإذا لم يتحقق المعارضة يترجح ما هو مشروع من كل وجه على ما هو مشروع من وجه، بخلاف مسألة المرابحة؛ **لِأَنَّهُ يَصِيرُ تَوْلِيَةً فِي القَلْبِ بِصَرْفِ الرِّبْحِ إِلَى الثَّوْبِ**، والتولية ضدّ

وَالطَّرِيقُ فِي المَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ صَرْفُ الزِّيَادَةِ عَلَى الأَلْفِ إِلَى المُشْتَرِي. وَفِي الثَّالِثَةِ: أُضِيفَ البَيْعُ إِلَى المُنْكَرِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْبَيْعِ،

المرابحة، والشيء لا يتناول ضدّه وهو قد صرح بقوله: بعتهما مرابحة، فلو صرفنا قوله: مرابحة إلى الثوب خاصة، كان بائعًا القلبَ الذي وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم وهو توليته في القلب، ولو صرفنا المرابحة فيهما كما ذكر يفسد العقد؛ لأنه يصير ربًا في القلب فلذلك تعين فيه البطلان.

قوله: وَالطَّرِيقُ فِي المَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ، أي: طريق الجواز في صرف الألف إلى المشتري غير متعيّن؛ لأنه لو صرف الألف وما زاد عليه إلى المشتري متعيّن يجوز أيضًا.

وذكر في «المبسوط»: وأمَّا مسألة العبدين فقلنا: معنى المعارضة يتحقق هناك فإن جهات الجواز تكثر، فإنه إن جعل بمقابلة مثل الثمن الأول جاز، وكذلك إن جعل بمقابلته أكثر من الثمن الأول بدرهم، وكذلك إن جعل بمقابلته أكثر من الثمن الأول بدرهمين إلى آخره، فلكثرة جهات الجواز يتحقق معنى المعارضة فيجب المصير إلى الانقسام باعتبار القيمة، وهاهُنا لا وجه للجواز إلا واحد، وهو صرف الجنس إلى خلاف الجنس.

فإن قيل: هاهُنا المعارضة تتحقق أيضًا، فإنه إذا جعل الدرهم بمقابلة الدينارين يجوز، وإن جعل نصف درهم بمقابلة نصف درهم والنصف الباقي بمقابلة الدينار، ونصف دينار بمقابلة نصف دينار والباقي بمقابلة درهم ونصف يجوز أيضًا.

قلنا: نعم ولكن هذا طريق صرف الجنس إلى خلاف الجنس، ونحن ادَّعينا أنه لا وجه للجواز هاهُنا إلا هذا الطريق وهو طريق صرف الجنس إلى خلاف الجنس، فكيف ما يُشتغل به لا يخرج الطريق به من أن يكون متعينًا، أي: لا يخرج من أن يكون صرف الجنس إلى خلاف الجنس طريقًا متعيّنًا في الجواز.

ورأيتُ جواب هذه الشبهة مكتوبًا بخط شيخي رحمه الله: قلنا: نعم، إلا أن التعدد إنما يمنع الجواز إذا لم يكن لأحدهما ترجيح، ولما ذكرناه رجحان؛ لأن العقد ورد على اسم الدرهم فتجويزه مع بقاء اسم الدرهم أوْلَى ممَّا لم يبق فيه اسم الدرهم، وفيما ذكرتم لم يبق

وَالْمُعَيَّنُ ضِدُّهُ. وَفِي الأَخِيرَةِ: انْعَقَدَ العَقْدُ صَحِيحًا وَالفَسَادُ فِي حَالَةِ البَقَاءِ وَكَلَامُنَا فِي الِابْتِدَاءِ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَدِينَارٍ جَازَ البَيْعُ وَتَكُونُ العَشَرَةُ بِمِثْلِهَا وَالدِّينَارُ بِدِرْهَمٍ) لِأَنَّ شَرْطَ البَيْعِ فِي الدَّرَاهِمِ التَّمَاثُلُ عَلَى مَا رَوَيْنَا، فَالظَّاهِرُ

فيه اسم الدرهم، وفيما قلنا بقي فكان أَوْلَى.

قوله: وَالْمُعَيَّنُ ضِدُّهُ، أي: ضد المنكر، فلمَّا كان ضده لم يتناول النكرة المعرفة عينًا، والتعيين في المسح شرط جواز العقد فانتفى المشروط لانتفاء الشرط.

قوله: وَفِي الأَخِيرَةِ، أي: وفي المسألة الأخيرة، وهي ما إذا باع درهمًا وثوبًا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد البيع في الدرهمين.

قلنا: هناك العقد صحيح من غير أن يصرف الجنس إلى خلاف الجنس، فإن القبض في المجلس شرط بقاء العقد صحيحًا، لا شرط الانعقاد صحيحًا، ونحن إنما صححنا هذا لتصحيح العقد لا للبقاء صحيحًا فلا يلزم، كذا في «المبسوط».

فإنا قد ذكرنا من «الذخيرة» بأن صرف الجنس إلى الجنس أصل في البياعات إذا لم يكن فيه فساد العقد، وهاهُنا كذلك، فصرفنا الجنس إلى الجنس عملًا بالأصل، وصح العقد أيضًا لانعدام فضل أحدهما على الآخر عند صرف الجنس إلى الجنس، ثم فسد العقد بعد الصحة بسبب معنى طارئ وهو الافتراق من غير قبض في بيع الصرف، وليس كلامنا في الفساد الطارئ فلا يرد علينا نقضًا.

قوله: وَمَنْ بَاعَ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَدِينَارٍ، كانت المسألة التي قبل هذا في بيع الصرف أيضًا، لكن كل واحد من طرفي بدليه مشتملًا على جنسين مختلفين، وهنا أحد الطرفين في جنس واحد والآخر مشتمل على جنسين مختلفين، لكن بزيادة في الجنس الواحد.

قوله: عَلَى مَا رَوَيْنَا - وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الفضة بالفضة مثلًا بمثل» - فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ ذَلِكَ، أي: أن البائع أراد بِهذا العقد الذي ذكرناه وهو أن يكون العشرة

أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ ذَلِكَ فَبَقِيَ الدِّرْهَمُ بِالدِّينَارِ وَهُمَا جِنْسَانِ وَلا يُعْتَبَرُ التَّسَاوِي فِيهِمَا.
(وَلَوْ تَبَايَعَا فِضَّةً بِفِضَّةٍ أَوْ ذَهَبًا بِذَهَبٍ وَأَحَدُهُمَا أَقَلُّ وَمَعَ أَقَلِّهِمَا شَيْءٌ آخَرُ تَبْلُغُ قِيمَتُهُ بَاقِي الفِضَّةِ جَازَ البَيْعُ مِنْ غَيْرِ كَرَاهِيَةٍ، وَإِنْ لَمْ تَبْلُغْ فَمَعَ الكَرَاهَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ قِيمَةٌ كَالتُّرَابِ لا يَجُوزُ البَيْعُ) لِتَحَقُّقِ الرِّبَا إِذِ الزِّيَادَةُ لا يُقَابِلُهَا عِوَضٌ فَيَكُونُ رِبًا.

بمثلها والدينار بدرهم؛ حملًا لأمره على الصلاح وهو الإقدام في العقد الجائز لا في الفاسد، والجائز فيما قلنا.

قوله: وَلَوْ تَبَايَعَا فِضَّةً بِفِضَّةٍ ... وَمَعَ أَقَلِّهِمَا شَيْءٌ آخَرُ تَبْلُغُ قِيمَتُهُ بَاقِي الفِضَّةِ جَازَ، صورته: إذا باع عشرة دراهم ولو بالخمسة عشر درهمًا.

وذكر هذه المسألة في «الإيضاح» على الخلاف فقال: ورُوي عن محمد أنه إذا باع الدراهم بالدراهم في أحدهما فصل من حيث الوزن، وفي الجانب الذي لا فصل فيه فلوس قال: هو جائز في الحكم ولكني أكرهه، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا بأس به؛ لأنه أمكن التصحيح بأن يجعل الجنس بالجنس، والزيادة بإزاء الفلوس، وإنما كره محمد رحمه الله ذلك؛ لأنه إذا جاز على هذا الوجه أَلِفَ الناسُ التفاضلَ فاستعملوه فيما لا يجوز، وكذا أيضًا في «المحيط».

وقيل: إنما يكره لأنه احتال لسقوط الربا ليأخذ الزيادة بالحلية فيكره، كبيع العينة فإنه مكروه لهذا.

فإن قيل: لو كان هذا مكروهًا لكان البيع في المسألة التي قبلها مكروهًا أيضًا؛ إذ هي عين هذه المسألة؛ لأنهما تبايعا فضة بفضة؛ لأن الدراهم عين الفضة ومع أقلهما شيءٌ آخر وهو الدينار، قلنا: إنما لم يذكر الكراهة هناك؛ لأنه وضع المسألة فيما إذا كان الزائد الدينار بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد، وفي هذه الصورة لا كراهة، وإنما الكراهة فيما إذا لم تبلغ قيمة ذلك الشيء المضموم قيمة باقي الفضة على ما ذكر في الكتاب.

قوله: وَإِنْ لَمْ تَبْلُغْ، كالجوزة، وكف من زبيب.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى آخَرَ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ فَبَاعَهُ الَّذِي عَلَيْهِ العَشَرَةُ دِينَارًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَدَفَعَ الدِّينَارَ وَتَقَاصَّا العَشَرَةَ بِالعَشَرَةِ فَهُوَ جَائِزٌ)،

قوله: وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى آخَرَ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ فَبَاعَهُ الَّذِي عَلَيْهِ العَشَرَةُ دِينَارًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَدَفَعَ الدِّينَارَ وَتَقَاصَّا العَشَرَةَ بِالعَشَرَةِ فَهُوَ جَائِزٌ، هذا جواب الاستحسان، وفي القياس لا يجوز، وهذه المسألة على وجهين: إمَّا أن باع الدينار بالعشرة التي له عليه، أو باع الدينار بعشرة مطلقة وقبض الدينار وجعلا ثمن الدينار قصاصًا بالعشرة، فالأول جائز بلا خلاف لما يجيء، والثانِي جائز استحسانـًا، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر، وأجمعوا على أنَّهما ما لم يتقاصا لا تقع المقاصة.

وجه القياس أن هذا استبدال ببدل الصرف فلا يجوز، كما لو أخذ ببدل الصرف عرضًا أو دينارًا، أو كما جعل بدل الصرف قصاصًا بدين وجب بعقد باشره بعد الصرف لا يجوز، ولهذا لو جعلا رأس مال السلم قصاصًا بدين واجب قبل السلم لا يجوز، وكما لا يجوز الاستبدال برأس مال السلم لا يجوز ببدل الصرف.

أو نقول: لو صح القصاص ههُنا لا يخلو: إمَّا أن يصير قصاصًا صحَّ بقاء الصرف الأول أولًا مع بقائه لكن بانفساخ الأول وانعقاد الآخر، لا وجه إلى الثانِي لوجهين:

أحدهما: أن ذلك يكون بطريق الاقتضاء، وزفر لا يقول به.

والثانِي: أن كونه قصاصًا يبقى تقدير الانفساخ والانعقاد؛ لأن بتقدير الانفساخ والانعقاد لا يتحقق القصاص لاقتصار القصاص إلى سبق الإيجاب.

ولا وجه إلى الأول؛ لأن القصاص حينئذٍ يكون استبدالًا للاستيفاء؛ لأن علامة الاستيفاء قبض عين مضمون من جنس بدل الصرف بعد عقد الصرف.

وجه الاستحسان أنَّهما لمَّا أقدما على المقاصة، ولا صحة للمقاصة مع بقاء عقد الصرف لما قاله[1]، انفسخ بيع الدينار بالعشرة المطلقة مقتضًى به، كما في قوله: اعتق عبدك

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): أي: لما قاله زفر، وهو لزوم الاستبدال في بدل الفرق قبل القبض.

....

عنِّي على ألف، وإذا انفسخ بيع الدينار بالعشرة بقي إيفاء الدينار بالدراهم التي عليه فيصير صرفًا بدين سبقَ وجوبه، وذلك جائز؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما: «أنه سأل رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم: فقال: إنِّي أكترى إبلًا بالبقيع إلى مكَّة بالدراهم وآخذ مكانها دنانيرًا، أو قال: بالدنانير وآخذ مكانها دراهم، فقال صلَّى الله عليه وسلَّم: لا بأس به إذا افترقتما وليس بينكما عملٌ»، وهذا وجه اختارَه مشايخ العراق.

قال مشايخنا: وهذا غير سديد؛ لأنه لو انفسخ الصرف الأول يجب على مشتري الدينار ردُّ الدينار على البائع بحكم الإقالة؛ لأن إقالة الصرف لها حكم الصرف، ولهذا لو جعل بدل الصرف قصاصًا بدين تأخر وجوبه بعقدٍ باشرَ بعد الصرف في المجلس لا يجوز، ولو أمكن تصحيح المقاصَّة بالدين المتأخر في مسألتنا بانفساخ العقد الأول وتجديد العقد، كما لو قالوا: أمكن تصحيح المقاصة، ويصير الدين المتأخِّر بمنزلة المتقدّم، والوجه الصحيح أنَّهما لمَّا أقدما على المقاصة وجب تصحيحها ما أمكن، وأمكن تصحيح المقاصة بأن يجعل العقد المضاف إلى الدراهم المطلقة مضافًا إلى الدراهم الواجب يقبل الصرف، فيكون تغييرًا لوصف العقد مع بقاء أصل العقد كما قلنا في الزيادة على الثمن.

بخلاف ما إذا جعله قصاصًا بدين متأخر، صورته إذا اشترى دينارًا بعشرة دراهم وقبض الدينار ولم ينقد الدراهم، حتى لو باع في المجلس ثوبًا من بائع الدينار بعشرة دراهم وجعلا ثمن الثوب قصاصًا ببدل الصرف، ذكر في رواية أبي سُليمان رحمه الله أنه يجوز، وفقهه ما ذكرنا لمشايخ العراق، وذكر في رواية أبي حفص رحمه الله لا يجوز، فعلى رواية أبي حفص وهو الصحيح يحتاج إلى الفرق بين الدين المتقدم والمتأخر، والفرق أن العقد إذا تغيّر تصحيحًا للمقاصة بالدين المتقدم يصير كأنَّهما باشرا العقد في الابتداء إلى دين سبق وجوبه وذلك جائز، وفي الدين المتأخر يصير كأنَّهما باشرا العقد في الابتداء إلى دين سيحدث، وذلك باطل لو نصَّ عليه.

وبخلاف ما لو جعلا رأس مال السلم قصاصًا بدينٍ سبق وجوبه؛ لأن المسلم فيه دين، ولو صحت المقاصة برأس المال يصير افتراقًا عن دين بدين وذلك حرام بالنص، أمَّا هاهُنا

وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ إِذَا بَاعَ بِعَشَرَةٍ مُطْلَقَةٍ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ يَجِبُ بِهَذَا العَقْدِ ثَمَنٌ يَجِبُ عَلَيْهِ تَعْيِينُهُ بِالقَبْضِ لِمَا ذَكَرْنَا، وَالدَّيْنُ لَيْسَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ فَلَا تَقَعُ المُقَاصَّةُ بِنَفْسِ المَبِيعِ لِعَدَمِ المُجَانَسَةِ، فَإِذَا تَقَاصَّا يَتَضَمَّنُ ذَلِكَ فَسْخَ الأَوَّلِ وَالإِضَافَةَ إِلَى الدَّيْنِ،

أحد العوضين وهو الدينار مقبوض، فلو صحت المقاصة يصير افتراقـاً عن عين بدين وهو غير منهيّ، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان، و«الفوائد الظهيريَّة».

جئنا إلى لفظ الكتاب، **وقوله: وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ إِذَا بَاعَ بِعَشَرَةٍ مُطْلَقَةٍ**، أي: من غير أن يقيد بالعشرة التي عليه، أمَّا إذا قيد بذلك بأن قال: بالعشرة التي عليه يجوز البيع بلا خلاف، وقد ذكرناه، بخلاف المطلقة فإن ذلك جائز عندنا، وهو جواب الاستحسان، وقال زفر: لا يجوز، وهو جواب القياس، وقد ذكرناه.

قوله: وَوَجْهُهُ، أي: وجه جواب الاستحسان.

قوله: يَجِبُ عَلَيْهِ تَعْيِينُهُ بِالقَبْضِ لِمَا ذَكَرْنَا، وهو **قوله: وَلَا بُدَّ مِنْ قَبْضِ العِوَضَيْنِ قَبْلَ الِافْتِرَاقِ؛ لِمَا رَوَيْنَا**، من قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «يدًا بيد».

قوله: فَلَا تَقَعُ المُقَاصَّةُ ... لِعَدَمِ المُجَانَسَةِ؛ لأنه لا مجانسة بين العين والدين، فإن بدل الصرف يجب أن يكون معينًا بالقبض لما روينا، وهذا دين سبقَ وجوبه فينبغي أن لا يجوز، وإن تقاصًّا كما في السلم فإنه لا يجوز في الدين السابق، بأن أسلم بدين في ذمة المسلم إليه قبل عقد السلم فإنه لا يجوز، لكن في صورة المقاصة في الصرف يجوز لما ذكرنا في الكتاب.

قوله: فَإِذَا تَقَاصَّا يَتَضَمَّنُ ذَلِكَ فَسْخَ الأَوَّلِ وَالإِضَافَةَ إِلَى الدَّيْنِ، بنصب **الإِضَافَةَ** بالعطف على فسخ، يعني: عند اتفاقهما على المقاصة يجعل كأنَّهما فسخا الأول ثم جدداه مضافـاً إلى ذلك الدين.

فإن قيل: في هذا يلزم الدور فيجب أن يثبت واحد منهما، أي: من الفسخ والمقاصة؛ وذلك لأن المقاصة إنما صحَّت إذا كان وجوب بدل الصرف قائمًا، فإذا بطل عقد الصرف بالفسخ كيف توجد المقاصة، والمقتضَى وهو الفسخ إنما يكون لتصحيح المقتضِي وهو

إِذْ لَوْلَا ذَلِكَ يَكُونُ اسْتِبْدَالًا بِبَدَلِ الصَّرْفِ، وَفِي الإِضَافَةِ إِلَى الدَّيْنِ تَقَعُ المُقَاصَّةُ بِنَفْسِ العَقْدِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ، وَالفَسْخُ قَدْ يَثْبُتُ بِطَرِيقِ الِاقْتِضَاءِ كَمَا إِذَا تَبَايَعَا بِأَلْفٍ ثُمَّ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ، وَزُفَرُ يُخَالِفُنَا فِيهِ لِأَنَّهُ لَا يَقُولُ بِالِاقْتِضَاءِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ سَابِقًا. فَإِنْ كَانَ لَاحِقًا فَكَذَلِكَ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ لِتَضَمُّنِهِ انْفِسَاخَ الأَوَّلِ وَالإِضَافَةَ إِلَى دَيْنٍ قَائِمٍ وَقْتَ تَحْوِيلِ العَقْدِ فَكَفَى ذَلِكَ لِلْجَوَازِ.

المقاصة، فيبطل المقتضي هاهُنا عند تحقيق المقتضَى؛ لأنه لو بطل الصرف لأجل الاحتراز عن الاستبدال ببدل الصرف بطل المقاصة؛ إذ المقاصة تقتضي قيام وجوب دين الصرف فلا يثبت واحد منهما.

قلنا: إنما يبطل المقاصَّة إذا لم يتجدد عقد جديد عند بطلان عقد الصرف، وهنا عند بطلان عقد الصرف صارا كأنَّهما جدَّدا عقدًا جديدًا فتصح المقاصة بدين سابق.

فإن قيل: لو فسخ الصرف ضمنًا للمقاصة ينبغي أن يكون القبضُ شرطًا؛ لأن الإقالة بيع في حق الثالث والشرع ثالثهما، فكان بيعًا جديدًا في حقه.

قلنا: صارت الإقالة هاهُنا في ضمن المقاصَّة فجاز أن لا يثبت حكم البيع بمثل هذه الإقالة، بل حكم البيع لها في حق الثالث فيما إذا كانت الإقالة ثابتة قصدًا.

قوله: وَفِي الإِضَافَةِ إِلَى الدَّيْنِ، أي: إلى العشرة التي عليه.

قوله: وَهَذَا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ سَابِقًا، أي: على عقد الصرف، ولو كان لاحقًا بأن اشترى دينارًا بعشرة دراهم وقبض الدينار، ثم إن مشتري الدينار باع الثوب من بائع الدينار بعشرة دراهم على ما ذكرناه فأراد أن يتقاصا، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: لا تجوز المقاصة هنا؛ لأن الدين لاحق، والنبي صلَّى الله عليه وسلَّم جوَّز المقاصة في دين سابق قبل عقد الصرف، وهو ما ذكرناه من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، وفي رواية: تقع المقاصة، وهو الأصح، وهو رواية أبي سليمان، هكذا اختاره أيضًا فخر الإسلام رحمه الله، وأمَّا شمس الأئمة السرخسي، وقاضي خان رحمهما الله اختارا عدمَ الصحة، وهو رواية أبي حفص

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ دِرْهَمٍ صَحِيحٍ وَدِرْهَمَيْ غَلَّةٍ بِدِرْهَمَيْنِ صَحِيحَيْنِ وَدِرْهَمٍ غَلَّةٍ) وَالغَلَّةُ مَا يَرُدُّهُ بَيْتُ المَالِ وَيَأْخُذُهُ التُّجَّارُ. وَوَجْهُهُ تَحَقُّقُ المُسَاوَاةِ فِي الوَزْنِ، وَمَا عُرِفَ مِنْ سُقُوطِ اعْتِبَارِ الجَوْدَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الغَالِبُ عَلَى الدَّرَاهِمِ الفِضَّةَ فَهِيَ فِضَّةٌ، وَإِذَا كَانَ الغَالِبُ عَلَى الدَّنَانِيرِ الذَّهَبَ فَهِيَ ذَهَبٌ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِمَا مِنْ تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الجِيَادِ حَتَّى لا يَجُوزَ بَيْعُ الخَالِصَةِ بِهَا وَلا بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ إِلَّا مُتَسَاوِيًا فِي الوَزْنِ. وَكَذَا لا يَجُوزُ الِاسْتِقْرَاضُ بِهَا إِلَّا وَزْنًا) لِأَنَّ النُّقُودَ لا تَخْلُو عَنْ قَلِيلِ غِشٍّ عَادَةً لِأَنَّهَا لا تَنْطَبِعُ إِلَّا مَعَ الغِشِّ، وَقَدْ يَكُونُ الغِشُّ خِلْقِيًّا كَمَا فِي الرَّدِيءِ مِنْهُ فَيُلْحَقُ القَلِيلُ

رحمه الله، وقد ذكرناها.

فوجه الصحة هو أن عقد الصرف ينتقص بإرادتهما المقاصة، وصارا كأنَّهما جددا عقدًا جديدًا فكان الدين سابقًا على المقاصة، فصار كأنه اشترى بعشرة دراهم بدل الدينار العشرة التي هي بدل الثوب فصحت المقاصة.

الغَلَّةُ: من الدراهم المقطعة التي في القطعة منها قيراطٌ، أو طُسُوجٌ، أو حبَّة، كذا في «المغرب»، فيردهما بيت المال لا لزيادتها، بل لكونها قطعًا.

قوله: وَوَجْهُهُ تَحَقُّقُ المُسَاوَاةِ ...، وَمَا عُرِفَ مِنْ سُقُوطِ اعْتِبَارِ الجَوْدَةِ، أي: الذي عرف من اعتبار سقوط الجودة؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «جيِّدها ورديها سواءٌ»، أي: لوجود علة الجواز التي هي علة ذات وصفين، وهما المساواة وسقوط الجودة، فلمَّا كان كذلك صرفت الصحاح بمقابلة الغلات، لا أن يجعل الصحيحان بمقابلة الغلة، ولا الغلتان بمقابلة الصحيح، فلسقوط الجودة اشترطت المساواة في الوزن في جنس الدراهم عند المقابلة، وفي ذلك لا يتفاوت الحكم بين الدراهم الصحيح والغلة.

قوله: وَكَذَا لا يَجُوزُ الِاسْتِقْرَاضُ بِهَا إِلَّا وَزْنًا، أي: لا عددًا كما في الفلوس.

بِالرَّدَاءَةِ، وَالجَيِّدُ وَالرَّدِيءُ سَوَاءٌ (وَإِنْ كَانَ الغَالِبُ عَلَيْهِمَا الغِشَّ فَلَيْسَا فِي حُكْمِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ) اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ، فَإِنِ اشْتَرَى بِهَا فِضَّةً خَالِصَةً فَهُوَ عَلَى الوُجُوهِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا فِي حِلْيَةِ السَّيْفِ.

(وَإِنْ بِيعَتْ بِجِنْسِهَا مُتَفَاضِلًا جَازَ صَرْفًا لِلْجِنْسِ إِلَى خِلَافِ الجِنْسِ) فَهِيَ فِي حُكْمِ

قوله: وَإِنْ كَانَ الغَالِبُ عَلَيْهِمَا الغِشَّ فَلَيْسَا فِي حُكْمِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ؛ اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ، وهذا الذي ذكره إذا كانت الفضة لا يخلص من الغش؛ لأنَّها صارت مستهلكة فلا اعتبار بها، وأمَّا إذا كانت تخلص من الغش فليست بمستهلكة، كذا ذكره في «شرح الأقطع».

وذكر في «الإيضاح» فيما إذا كان الغشّ غالبًا: أن الفضة إذا كانت يتخلص من النحاس في الفلوس ويبقى النحاس على حاله، واشتراها رجل بأقل مما فيها من الفضة لم يجز حتى يشتريها بأكثر ممَّا فيها فيكون الفضة بالفضة، والزيادة بإزاء النحاس؛ لأنه إذا أمكن تمييز أحدهما من الآخر ويبقى كل واحد منهما بحاله لم يصر أحدهما مستهلكًا فصار جامعًا بين شيئين في العقد، وإن كان لا يخلص ويحترق الفضة ويبقى النحاس فهو نحاس كله؛ لأن الفضة مستهلكة فلا يعتبر بها، وإن كانت الفضة السوداء يخلص منها النحاس لا بد أن تكون الفضة الصافية أكثر، وإن كان النحاس يحترق فهي فضة يعتبر المماثلة.

وبيع النبهرجة والزيوف بالجياد لا يجوز إلا مثلًا بمثل؛ لأن الغالب عليها الفضة، والستوق عندهم ما كان الصفراء والنحاس غالبًا، فإذا باع الستوقة بالجياد لم يجز إلا على طريق الاعتبار وهو أن يكون الجياد أكثر، فيكون الفضة بمثلها والزيادة بإزاء النحاس، وإنما اعتبرنا الفضة التي في الستوق؛ لأنَّها تخلص ويتميز كل واحد عن الآخر.

وقوله: فَهُوَ عَلَى الوُجُوهِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا فِي حِلْيَةِ السَّيْفِ، يعني: إن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم، أو أقل، أو لا يدري لا يصح، وإن كانت أكثر يصح.

قوله: وَإِنْ بِيعَتْ بِجِنْسِهَا - أي: الدراهم المغشوشة التي غشها غالب بجنسها من الدراهم المغشوشة - **مُتَفَاضِلًا جَازَ**.

شَيْئَيْنِ فِضَّةٍ وَصُفْرٍ وَلَكِنَّهُ صُرِفَ حَتَّى يُشْتَرَطَ القَبْضُ فِي المَجْلِسِ لِوُجُودِ الفِضَّةِ مِنَ الجَانِبَيْنِ، فَإِذَا شُرِطَ القَبْضُ فِي الفِضَّةِ يُشْتَرَطُ فِي الصُّفْرِ لِأَنَّهُ لا يَتَمَيَّزُ عَنْهُ إِلَّا بِضَرَرٍ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَمَشَايِخُنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ - لَمْ يُفْتُوا بِجَوَازِ ذَلِكَ فِي العَدَالَى وَالغَطَارِفَةِ لِأَنَّهَا أَعَزُّ الأَمْوَالِ فِي دِيَارِنَا، فَلَوْ أُبِيحَ التَّفَاضُلُ فِيهِ يَنْفَتِحُ بَابُ الرِّبَا، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ تَرُوجُ بِالوَزْنِ فَالتَّبَايُعُ وَالاِسْتِقْرَاضُ فِيهَا بِالوَزْنِ، وَإِنْ كَانَتْ تَرُوجُ بِالعَدِّ فَبِالعَدِّ، وَإِنْ كَانَتْ تَرُوجُ بِهِمَا فَبِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّ المُعْتَبَرَ هُوَ المُعْتَادُ فِيهِمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِمَا نَصٌّ، ثُمَّ هِيَ مَا دَامَتْ تَرُوجُ تَكُونُ أَثْمَانًا لا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، وَإِذَا كَانَتْ لا تَرُوجُ فَهِيَ سِلْعَةٌ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، وَإِذَا كَانَتْ يَتَقَبَّلُهَا البَعْضُ دُونَ البَعْضِ

وقوله: وَلَكِنَّهُ صُرِفَ، جواب لإشكال وهو أن يقال: ينبغي أن لا يشترط القبض في هذه الصورة؛ لأنه لمَّا صرف الجنس إلى خلاف الجنس، أي: الفضة إلى الصرف لم يبق صرفًا، ولمَّا لم يبق صرفًا لا يشترط التقابض في المجلس.

قلنا: إنما صرفنا الجنس إلى خلاف الجنس لحاجتنا إلى جواز العقد، فإذا جاز العقد بذلك الطريق لا حاجة لنا إلى البقاء، فلم يكن كل واحد منهما مصروفًا إلى خلاف الجنس في حق القبض، بل صرف إلى جنسه ليشترط التقابض في المجلس لعدم الحاجة إلى بقاء العقد على الصحة؛ لأن الحاجة إنما تمسُّ في نفي المفسد المقارن ليكون تصرفهما على الصحة لا في نفي المفسد الطارئ.

قوله: وَمَشَايِخُنَا رَحِمَهُمُ اللهُ لَمْ يُفْتُوا بِجَوَازِ ذَلِكَ، أي: بجواز التفاضل في هذه الأموال لم يفتوا؛ لأنه لو جاز حل الربا في أعز الأموال لقاسوا عليه جواز الربا في الذهب والفضة بالتدريج.

الغَطَارِفَة: أي: الدراهم الغطريفية منسوب إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيَّام الرشيد، كذا في «المغرب»، وقيل: هو خال هارون الرشيد.

فَهِيَ كَالزُّيُوفِ لا يَتَعَلَّقُ العَقْدُ بِعَيْنِهَا بَلْ بِجِنْسِهَا زُيُوفًا إِنْ كَانَ البَائِعُ يَعْلَمُ بِحَالِهَا لِتَحَقُّقِ الرِّضَا مِنْهُ، وَبِجِنْسِهَا مِنَ الجِيَادِ إِنْ كَانَ لا يَعْلَمُ لِعَدَمِ الرِّضَا مِنْهُ.

(وَإِذَا اشْتَرَى بِهَا سِلْعَةً فَكَسَدَتْ وَتَرَكَ النَّاسُ المُعَامَلَةَ بِهَا بَطَلَ البَيْعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: عَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ البَيْعِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: قِيمَتُهَا آخِرُ مَا تَعَامَلَ النَّاسُ بِهَا) لَهُمَا أَنَّ العَقْدَ قَدْ صَحَّ إِلَّا أَنَّهُ تَعَذَّرَ

قوله: إِنْ كَانَ البَائِعُ يَعْلَمُ بِحَالِهَا، أي: بحال الدراهم الزيفة بأنَّها زيفة.

قوله: وَإِذَا اشْتَرَى بِهَا سِلْعَةً - أي: بالدراهم المغشوشة ثم - كَسَدَتْ فَتَرَكَ النَّاسُ المُعَامَلَةَ بِهَا، أي: في كل البلاد.

وفي «عُيون المسائل»: إن عدم الرواج إنما يوجب فسادَ البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان؛ لأنه حينئذٍ يصير هالكًا ويبقى البيع بلا ثمن، فأمَّا إذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع؛ لأنه لم يهلك ولكنه تعيّب، فكان للبائع الخيار إن شاء قال: اعطِ مثل النقد الذي وقع عليه البيع، وإن شاء أخذ قيمة ذلك دنانير.

قالوا: وما ذكر في «العيون» يستقيم على قول محمد رحمه الله، وأمَّا على قولهما فلا يستقيم، وينبغي أن يكتفى البيع بالكساد في تلك البلدة بناءً على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين، عندهما يجوز البيع اعتبارًا لاصطلاح بعض الناس، وعند محمد رحمهم الله لا يجوز اعتبارًا لاصطلاح الكل، فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضًا.

وفي «القدوري»: إذا اشترى بفلوس وكسدت قبل القبض فسد العقد في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يفسد، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: عَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ البَيْعِ، وعليه الفتوى، فإنه ذكر في «الذخيرة»: الدراهم أو الفلوس إذا انقطعت عن أيدي الناس قبل القبض فللبائع قيمة الدراهم يوم وقع البيع في قول أبي يوسف الآخر، وعليه الفتوى.

التَّسْلِيمُ بِالكَسَادِ وَأَنَّهُ لا يُوجِبُ الفَسَادَ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى بِالرُّطَبِ فَانْقَطَعَ أَوَانُهُ. وَإِذَا بَقِيَ العَقْدُ وَجَبَتِ القِيمَةُ، لكِنْ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقْتَ البَيْعِ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِهِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - يَوْمَ الِانْقِطَاعِ لِأَنَّهُ أَوَانُ الِانْتِقَالِ إِلَى القِيمَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الثَّمَنَ يَهْلَكُ بِالكَسَادِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنِيَّةَ بِالِاصْطِلَاحِ،

ثم إذا فسد البيع بالكساد أو بالانقطاع فإن لم يكن المبيع مقبوضًا فلا حكم لهذا البيع أصلًا، وإن كان مقبوضًا إن كان قائمًا ردَّه على البائع، وإن كان مستهلكًا أو هالكًا رجع البائع عليه بقيمة البيع إن لم يكن المبيع مثليًّا، أو بمثله إن كان مثليًّا، هذا إذا كسدت الدراهم أو الفلوس، فأمَّا إذا غلب بأن ازدادت قيمتها فالبيعُ على حاله ولا يتخيّر المشتري، وإذا انتقصت قيمتها فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري، وإذا انتقصت قيمتها ورخصت فالبيع على حاله، ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع، والذي ذكرنا من الجواب في الكساد فهو الجواب في الانقطاع إذا انقطعت الدراهم من أيدي الناس قبل القبض فسد البيع عند أبي حنيفة رحمه الله، وحد الانقطاع أن لا يوجد في السوق وإن كان يُوجد في يد الصيارفة وفي البُيوت.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الثَّمَنَ يَهْلَكُ بِالكَسَادِ، فيبطل البيعُ كما لو هلك المبيعُ قبل القبض.

ولا يقال: إن العقد تناول عينها والعينُ باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم.

لأنا نقول: إن العقد يتناولها بصفة الثمنية؛ لأنَّها ما دامت رابحة فهي تثبت دينًا في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية، وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشّها كصفة المالية في الأعيان، ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير فسد البيع، فهذا مثله، ذكر مسألة التخمر بهذا الطريق في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ الثَّمَنِيَّةَ بِالِاصْطِلَاحِ، وبالكساد لم يبق الاصطلاح على الثمنية فلم يبق ثمنًا، والبيع بلا ثمن باطل.

وَمَا بَقِيَ فَيَبْقَى بَيْعًا بِلَا ثَمَنٍ فَيَبْطُلُ، وَإِذَا بَطَلَ الْبَيْعُ يَجِبُ رَدُّ الْمَبِيعِ إنْ كَانَ قَائِمًا وَقِيمَتُهُ إنْ كَانَ هَالِكًا كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ الْبَيْعُ بِالْفُلُوسِ) لِأَنَّهَا مَالٌ مَعْلُومٌ، فَإِنْ كَانَتْ نَافِقَةً جَازَ الْبَيْعُ بِهَا وَإِنْ لَمْ تَتَعَيَّنْ لِأَنَّهَا أَثْمَانٌ بِالِاصْطِلَاحِ، وَإِنْ كَانَتْ كَاسِدَةً لَمْ يَجُزِ الْبَيْعُ بِهَا حَتَّى يُعَيِّنَهَا لِأَنَّهَا سِلَعٌ فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْيِينِهَا (وَإِذَا بَاعَ بِالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ ثُمَّ كَسَدَتْ بَطَلَ الْبَيْعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لَهُمَا) وَهُوَ نَظِيرُ الِاخْتِلَافِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ.

قوله: وَمَا بَقِيَ، أي: ولم يبق الاصطلاح على الثمنية، وكلمة (ما) للنفي، ولمَّا لم يبق الاصطلاح على الثمنية بقي بيعًا بلا ثمن.

وأمَّا الجواب عن الرطب فالرطب مرجو للوصول في العام الثانِي غالبًا فلم يكن هلاكًا من كل وجه، فلم يبطل الثمن أصلًا، أمَّا الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب غشّها فهلاك الثمنيَّة على وجه لا يرجى الوصول إلى ثمنيتها في ثانِي الحال؛ لأن الكساد أصلي والشيء إذا رجع إلى أصله قلما ينتقل عنه.

قوله: وَإِذَا بَاعَ بِالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ، إلى **قوله:** وَهُوَ نَظِيرُ الِاخْتِلَافِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ، أي: في الدراهم المغشوشة، أي: يبطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله، وتجب على المشتري قيمتها يوم البيع عند أبي يوسف، وقيمتها آخر ما يتعامل الناس بها عند محمد.

اعلم أن هذا الاختلاف الذي ذكره في الكتاب في البيع بالفلوس مخالف لرواية «الأسرار»، و«المبسوط»، و«شرح الطحاوي»، حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا الثلاثة، فقال في «الأسرار»:

إذا اشترى شيئًا بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا، وقال زفر: لا يبطل؛ لأنه ليس تحت الكساد إلا العجز عن تسلميه، والعقد لا يبطل عن عجز تسليم البدل، كما لو أبق العبد، وكما لو أسلم في الرطب فانقطع أوانه، وكمن اشترى عصيرًا فتخمر قبل

(وَلَوِ اسْتَقْرَضَ فُلُوسًا نَافِقَةً فَكَسَدَتْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَجِبُ عَلَيْهِ

القبض، بل أوْلَى منه؛ لأن التخمر يسقط ماليَّة العين وقيمته أصلًا، والكساد لا.

إلا أنا نقول: إن هلاك الثمن قبل القبض يبطل العقد فكذلك هلاك الثمن؛ لأن العقد عقد معاوضة لا ينعقد إلا ملكًا بملكٍ على سبيل المساواة وقوعًا وكذلك بقاءً، وماليةُ الثمن في الفلوس كانت بالرواج، وإذا كسدت ذهبت العلة فهلكت المالية كمالية العبد لمَّا كانت بحياته، فإذا ذهبت الحياة بالموت ذهبت المالية، وهذا بخلاف إباق العبد؛ لأنه مال مملوك حيث هو، وإنما بعُد عن يد البائع فعجز عن تسليمه.

وبخلاف من اشترى عصيرًا فتخمَّر؛ لأن العصير عين مشار إليه وبالتخمر تبدل وصفه لا عينه، وهذا التبدّل لا يبطل ملك العين، والعين مشار إليها باقية وملكه فيها باق لكنه عجز عن تسليمها بمنع الشرع من ذلك، ولم يبطل العقد بنفس العجز كالعبد يأبق، إلا أن المشتري يُخيَّر لتغير الوصف، فأمَّا البدل في مسألتنا فموصوف في الذمة بالثمنية، فصار هلاك هذا الوصف والعقد المتعلق به بمنزلة هلاك العين.

وفي «شرح الطحاوي»: ولو اشترى مائة فلس بدرهم فقبض الفلوس أو الدراهم ثم تفرقا جاز البيع؛ لأنَّهما تفرقا عن عين بدين، فإن كسدت الفلوس بعد ذلك فإنه ينظر: إن كان الفلس هو المقبوض فلا يبطل البيع؛ لأن كساد الفلوس بمنزلة هلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع، ولو كانت الفلوس غير مقبوضة بطل البيع استحسانًا؛ لأن كساد الفلوس بمنزلة هلاكها وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع، والقياس أن لا يبطل؛ لأنه قادر على أداء ما وقع عليه العقد، ولو اشترى فاكهة أو شيئًا بعينه بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن تنقدها، وقد قبض المبيع فسد البيع وعليه أن يرد المبيع.

وهكذا أيضًا ذكر في «المبسوط» وقال: ولو اشترى فاكهة بالفلوس وقبض ما اشترى، ثم كسدت الفلوس قبل أن تنقدها فالبيع ينتقض استحسانًا؛ لأنَّها تبدلت معنى حين خرجت من أن يكون ثمنًا، وماليتها كانت بصفة الثمنيَّة ما دامت رائجة وبفواتها تفوت المالية فلهذا يبطل العقد، ثم إنما قيَّد بالكساد لأنَّها إذا غلت أو رخصت كان عليه رد المثل بالاتفاق، كذا في «شرح الطحاوي» وغيره.

مِثْلُهَا) لِأَنَّهُ إِعَارَةٌ، وَمُوجِبُهُ رَدُّ العَيْنِ مَعْنًى وَالثَّمَنِيَّةِ فَضْلٌ فِيهِ إِذِ القَرْضُ لَا يَخْتَصُّ بِهِ. وَعِنْدَهُمَا تَجِبُ قِيمَتُهَا لِأَنَّهُ لَمَّا بَطَلَ وَصْفُ الثَّمَنِيَّةِ تَعَذَّرَ رَدُّهَا كَمَا قُبِضَ فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهَا، كَمَا إِذَا اسْتَقْرَضَ مِثْلِيًّا فَانْقَطَعَ، لكِنْ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَوْمَ القَبْضِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - يَوْمَ الكَسَادِ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَأَصْلُ الِاخْتِلَافِ فِيمَنْ غَصَبَ مِثْلِيًّا فَانْقَطَعَ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنْظَرُ

قوله: وَمُوجِبُهُ، أي: وموجب القرض، أو: وموجب الإعارة، على تأويل عقد الإعارة.

قوله: مَعْنًى، أي: حكمًا.

وذكر في «المبسوط»: إن بدل القرض في الحكم كأنه عين المقبوض؛ إذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بجنسه نسيئةً وذلك لا يجوز، فيصير من هذا الوجه كأنه غصب منه فلوسًا فكسدت فهناك يبرأ بردِّ عينها فهاهُنا أيضًا يبرأ بردِّ مثلها؛ وهذا لأن جواز الاستقراض في الفلوس لم يكن باعتبار صفة الثمنية، بل بكونها من ذوات الأمثال، ألا ترى أن الاستقراض جائز في كل مكيل وموزون، أو عددي متقارب كالجوز والبيض، وبالكساد لم يخرج من أن يكون من ذوات الأمثال، بخلاف البيع؛ لأن دخولها في العقد هناك بصفة الثمنيَّة، وقد فات ذلك بالكساد.

قوله: فَضْلٌ فِيهِ - أي: في القرض - إِذِ القَرْضُ لَا يَخْتَصُّ بِهِ، أي: بالثمن في الفلوس، أو بالثمنية على تأويل معنى الثمنية.

قوله: وَأَصْلُ الِاخْتِلَافِ، أي: أصل الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وإنما قيَّدنا به؛ لأنه بنى هذا الاختلاف على الاختلاف في غصب المثليّ كالرطب مثلًا، وفيه كان الاختلاف بينهما نظير الاختلاف الذي نحن فيه على ما يذكر.

قوله: وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنْظَرُ، أي: للمقرض والمستقرض، أمَّا للمقرض فبالنسبة إلى قول أبي حنيفة رحمه الله، فإن عند أبي حنيفة رحمه الله يلزم على المستقرض مثل تلك

لِلْجَانِبَيْنِ، وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَيْسَرُ. قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى شَيْئًا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ فُلُوسٍ جَازَ

الفلوس الكاسدة وليس فيه نظر للمقرض.

وأمَّا للمستقرض فبالنسبة إلى قول أبي يوسف رحمه الله، وأن الواجب عليه عند أبي يوسف قيمتها يوم القبض، فلا شك أن قيمتها صارت أقل يوم الكساد من قيمتها يوم القبض، فكان فيه نظر للمستقرض، فكان فيما قال أبو حنيفة رحمه الله وهو إيجاب عين ذلك يتضرر المقرض، وفيما قاله أبو يوسف يتضرر المستقرض، فقلنا بقيمة يوم الكساد نظرًا للجانبين؛ لأن ذلك بينهما.

قوله: وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَيْسَرُ؛ لأن قيمة الفلوس كانت معلومة يوم القرض للمقرض والمستقرض ولغيرهما، كما هي معلومة للمتعاقدين يوم البيع وللناس أجمع، فلمَّا كانت قيمتها معلومة كان الأخذ بها أيسر في العمل، وأقل اختلافاً بين الناس، وأمَّا قيمته يوم الانقطاع فغير معلومة للناس، بل يختلفون في قيمته يوم الانقطاع اختلافًا كثيرًا فلا يكون هو أيسر في معرفة حكم الشرع.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» في باب الصرف في هذه المسألة: وقال محمد رحمه الله: عليه قيمتها في آخر يوم كانت رائجة، وعليه الفتوى.

وذكر في «المحيط»: فقد ذكر القيمة على قولهما من غير فصل بين ما إذا كانت قائمة أو هالكة، والفلوس المغصوبة إذا كسدت فإن كانت قائمة ردَّ عينها بالإجماع، وإن كانت هالكة فعلى الاختلاف الذي مرَّ، وهذه المسألة في الحاصل فرع لمسألة أخرى في كتاب الغصب: أن من غصب من آخر رطبًا وهلك عنده، أو استهلكه ثم انقطع أوان الرطب قال أبو حنيفة رحمه الله: قيمته من الغصب يوم الخصومة، وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه قيمته يوم الغصب، وقال محمد رحمه الله: يوم الانقطاع، وكثير من المشايخ كانوا يفتون بقول محمد، وبه كان يفتي الصدر الكبير برهان الأئمة، والصدر الشهيد حسام الدين رحمهما الله، وبعض مشايخ زماننا أفتوا بقول أبي يوسف، وقوله إلى الصواب أقرب في زماننا.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى شَيْئًا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ فُلُوسٍ جَازَ، قيَّد بنصف درهم؛ لأنه لو قال

وَعَلَيْهِ مَا يُبَاعُ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ مِنَ الفُلُوسِ) وَكَذَا إِذَا قَالَ بِدَانِقِ فُلُوسٍ أَوْ بِقِيرَاطِ فُلُوسٍ جَازَ. وَقَالَ زُفَرُ: لا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِأَنَّهُ اشْتَرَى بِالفُلُوسِ وَأَنَّهَا تُقَدَّرُ بِالعَدَدِ لا بِالدَّانِقِ وَالدِّرْهَمِ فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ عَدَدِهَا، وَنَحْنُ نَقُولُ: مَا يُبَاعُ بِالدَّانِقِ وَنِصْفُ الدِّرْهَمِ مِنَ الفُلُوسِ مَعْلُومٌ عِنْدَ النَّاسِ وَالكَلَامُ فِيهِ فَأَغْنَى عَنْ بَيَانِ العَدَدِ. وَلَوْ قَالَ بِدِرْهَمِ فُلُوسٍ أَوْ بِدِرْهَمَيْ فُلُوسٍ فَكَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ مَا يُبَاعُ بِالدِّرْهَمِ مِنَ الفُلُوسِ مَعْلُومٌ وَهُوَ المُرَادُ لا وَزْنُ الدِّرْهَمِ مِنَ الفُلُوسِ.

بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد رحمه الله على ما يجيء، وقال: بِنِصْفِ دِرْهَمِ فُلُوسٍ، أي: على نصف درهم ثمن هذا، وذلك النصف من الدرهم من الفلوس لا من الفضة، وهذا إنما يصح أن لو كان ما يدفع من عدد الفلوس بمقابلة نصف درهم معلومًا.

قوله: وَعَلَيْهِ - أي: وعلى المشتري؛ لأنه هو المذكور **بقوله:** وَمَنِ اشْتَرَى شَيْئًا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ - مَا يُبَاعُ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ مِنَ الفُلُوسِ، **وقوله:** مِنَ الفُلُوسِ، بيان **لقوله:** مَا يُبَاعُ، أي: يجب على المشتري إذا اشترى شيئًا بهذا اللفظ الذي ذكره قدر ما يباع من عدد الفلوس بمقابلة نصف درهم فضّة، إذا بيعت الفلوس بمقابلة نصف درهم في سوق الصيارفة، يعني: (وقتى كه نيم درهم دهد بصرافان واز ايشان فلوس خرد ايشان در مقابلۀ نيم درهم نقره چند فلوس مى دهند بدين مشترى همان مقدار فلوس لازم شود).

وفي «المغرب»: الدَّانِق: بالفتح والكسر قيراطان، والجمع دوانق ودوانيق، وفي «الصحاح»: الدَّانَق وَالدَّانِق: سدس الدرهم.

والقِيرَاط: نصف دانق، وأصله قرَّاط بالتشديد؛ لأن جمعه قراريط، فأبدل من أحد حرفَي تضعيفه ياء على ما ذكر في دينار.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ: لا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ؛ لأنه يعتبَرُ العدد في الفلوس فلا يجوز العقد ما لم يبين عدد الفلوس؛ لأن العقد لا يتعلق بالدانق ولا بالدرهم وإنما يتعلق بالفلوس،

وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا يَجُوزُ بِالدِّرْهَمِ وَيَجُوزُ فِيمَا دُونَ الدِّرْهَمِ، لِأَنَّ فِي العَادَةِ المُبَايَعَةَ بِالفُلُوسِ فِيمَا دُونَ الدِّرْهَمِ فَصَارَ مَعْلُومًا بِحُكْمِ العَادَةِ، وَلا كَذَلِكَ الدِّرْهَمُ قَالُوا: وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَصَحُّ لا سِيَّمَا فِي دِيَارِنَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَعْطَى صَيْرَفِيًّا دِرْهَمًا وَقَالَ أَعْطِنِي بِنِصْفِهِ فُلُوسًا وَبِنِصْفِهِ نِصْفًا إِلَّا حَبَّةً

فلا بدَّ من أن تكون معلومة العدد، ولا يحصُل ذلك بتسمية الدانق والدرهم؛ لأن الناس قد يستقصون في بيع الفلوس وقد يسامحون.

قوله: وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَصَحُّ، احتراز عن قول محمد وزفر رحمهما الله، فوجه الأصح هو أن بذكر الدرهم والدانق يصيرُ عدد الفلوس معلومًا؛ لأن قدر ما يوجد بالدرهم أو الدرهمين من الفلوس معلوم في السوق، فكانت تسمية الدرهم كتسمية ما يقابله من عدد الفلوس في الإعلام على وجه لا يتمكن المنازعة بينهما.

قوله: وَمَنْ أَعْطَى صَيْرَفِيًّا، أي: صرَّافًا، وهو من قولهم: للدرهم على الدرهم صرف في الجودة والقيمة، أي: فصل، وقيل لمن يعرف هذا الفصل ويميز هذه الجودة: صرَّاف وصيرفِيّ، كذا في «المغرب».

قوله: وَقَالَ - له بعد ما أعطى الدرهم - **أَعْطِنِي بِنِصْفِهِ** - أي: بنصف الدرهم - **فُلُوسًا، وَبِنِصْفِهِ نِصْفًا إِلَّا حَبَّةً**، أي: أعطني بنصف الدرهم درهمًا صغيرًا يساوي نصف الدرهم إلا حبة، فعندهما جاز في الفلوس، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز في الكل؛ لأن الفساد قويّ؛ لأن فيه مقابلة نصف درهم بنصف درهم مع نقصان حبَّة وهو ربًا فيشيع الفساد في الكل؛ لأن الصفقة واحدة، كما إذا جمع بين حرٍّ وعبدٍ في البيع.

وفي «المبسوط»: رجل أعطى رجلًا درهمًا فقال: أعطني بنصفه كذا فلسًا، وأعطني بنصفه درهمًا صغيرًا وزنه نصف درهم، فهو جائز؛ لأنه جمع بين عقدين يصح كل واحد منهما على الانفراد، فإن افترقا قبل أن يقبض الفلوس والدرهم الصغير بطل في الدرهم الصغير؛ لأن العقد فيه صرفٌ وقد افترقا قبل قبض أحد البدلين، ولم يبطل في الفلوس؛ لأن

جَازَ الْبَيْعُ فِي الْفُلُوسِ وَبَطَلَ فِيمَا بَقِيَ عِنْدَهُمَا) لِأَنَّ بَيْعَ نِصْفِ دِرْهَمٍ بِالْفُلُوسِ جَائِزٌ وَبَيْعُ النِّصْفِ بِنِصْفٍ إِلَّا حَبَّةً رِبًا فَلَا يَجُوزُ (وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ

العقد فيها بيعٌ وإنما افترقا قبل قبض أحد البدلين، ولو لم ينقد الدرهم الثمن حتى افترقا بطل الكل؛ لأنَّهما افترقا عن دينٍ بدينٍ، وإن كان دفع إليه الدرهم وقد قال: أعطني بنصفه كذا فلسًا، وأعطني بنصفه درهمًا صغيرًا يكون فيه نصف درهم إلا حبة، ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يفسد البيع كله، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في الفلوس ويبطل في حصَّة الصرف؛ لأن العقد في الدرهم الصغير يفسد لمعنى الربا، فإن مقابلة نصف درهم بنصف درهم إلا حبة لا يكون ربًا، وعند أبي حنيفة رحمه الله إذا فسد العقد في البعض لمعنى الربا يفسد في الكل.

قال رحمه الله: والأصح عندي أن العقد يجوز في حصَّة الفلوس عندهم جميعًا على ما وضعَ عليه المسألة في «الأصل»، فإنه قال: وأعطني بنصفه الباقي درهمًا، وإذا كرَّر الإعطاء يتفرق العقدية، وفساد أحد العقدين لا يوجب فساد الآخر، ألا ترى أن على هذا الوضع لا يكون قبول العقد في أحدهما شرطـًا للقبول في الآخر، إلا أن تكون وضع المسألة على ما ذكره الحاكم في «المختصر»: وبنصفه الباقي درهمًا صغيرًا فحينئذٍ يكون العقد واحدًا؛ لأنه لم يتكرر ما به ينعقد العقد وهو قوله: أعطني، ولو قال: أعطني به كذا فلسًا ودرهمًا صغيرًا وزنه نصف درهم إلا قيراطًا، كان جائزًا كله إذا تقابضا قبل أن يتفرقا؛ لأنه قابل الدرهم هاهُنا بما سمِّي من الفلوس، ونصف درهم إلا قيراطًا، فيكون مثل وزن الدرهم الصغير من الدرهم بمقابلته والباقي كله بإزاء الفلوس، كذا في «المبسوط».

وحصل من هذا كله أن هاهُنا مسائل ثلاثـًا:

أحدها: ما لو قال بعد إعطا الدرهم الكبير: أعطني بنصفه فلوسًا وبنصفه نصفًا إلا حبة، حيث أعاد قوله: وبنصفه، ولكن لم يعد نصف الإعطاء، والحكم كما ذكر جائزٌ عندهما في حصة الفلوس، وعند أبي حنيفة رحمه الله يبطل في الكل.

والثانية: هي في هذه الصورة أيضًا لكن أعاد لفظ الإعطاء بأن قال: أعطني بنصفه

اللهُ - بَطَلَ فِي الكُلِّ) لِأَنَّ الصَّفْقَةَ مُتَّحِدَةٌ وَالفَسَادُ قَوِيٌّ فَيَشِيعُ وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ، وَلَوَ

كذا فلسًا، وأعطني بنصفه الباقي درهمًا صغيرًا، فالحكم أن العقد في حصة الفلوس جائز بالإجماع، وفساد أحد القعدين لا يوجب فساد الآخر بمنزلة ما لو قال لغيره: بعني بنصف هذه الألف عبدًا وبنصفها كذا رطلًا من خمر، هناك لا يبطل العقد في العبد وإن بطل في الخمر؛ لأن الصفقة متفرقة.

وحُكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني، والفقيه المظفَّر بن اليمان، والشيخ الإمام شيخ الإسلام رحمهم الله: هاهُنا أيضًا لا يصح العقد وإن كرَّر لفظ الإعطاء؛ لما أن الصفقة متحدة؛ لأنَّها لو تفرقت إنما تفرقت بتكرر قوله: أعطني، ولا وجه إليه؛ لأن قوله: أعطني مساومةٌ، وبتكرار المساومة لا يتكرر البيع، ألا ترى أن بذكر المساومة لا ينعقد البيع حتى أن من قال لغيره: بعني، فقال: بعتُ، لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر: اشتريتُ، وإذا كان لا ينعقد البيع بذكر المساومة فبتكراره كيف يتكرر العقد؟ فكانت الصفقة واحدة.

والثالثة: ما لو قال: أعطني به كذا وكذا فلسًا، ودرهمًا صغيرًا وزنه نصف درهم إلا حبةٍ، كان ذلك جائز كله.

بخلاف المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى صرَّح بالفساد، حيث جعل بإزاء الدرهم الصغير نصف درهم من الدرهم الكبير إلا حبةً وهو ربا، والعاقدان متى صرحا بفساد العقد لا يحمل على وجه الصحة، وأمَّا في هذه المسألة لم يصرح بفساد العقد، وإنه لم يبين للدرهم الصغير حصة من الدرهم الكبير، فكان وجه الجواز كما ذكرنا من «المبسوط»، وإلى هذا أشار في «الذخيرة».

قوله: وَالفَسَادُ قَوِيٌّ؛ لأن هذا الفساد مجمع عليه.

قوله: وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ، وهو ما إذا جمع بين حرٍّ وعبد وباعهما صفقة واحدة، فلو لم يبيِّن ثمن كل واحد منهما يشيع الفساد في الكل بالإجماع، وإن بيّن يشيع الفساد على قول أبي حنيفة رحمه الله.

كَرَّرَ لَفْظَ الإِعْطَاءِ كَانَ جَوَابُهُ كَجَوَابِهِمَا هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُمَا بَيْعَانِ.

(وَلَوْ قَالَ أَعْطِنِي نِصْفَ دِرْهَمٍ فُلُوسًا وَنِصْفًا إِلَّا حَبَّةً جَازَ) لِأَنَّهُ قَابَلَ الدِّرْهَمَ بِمَا يُبَاعُ مِنَ الفُلُوسِ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ وَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ إِلَّا حَبَّةً فَيَكُونُ نِصْفُ دِرْهَمٍ إِلَّا حَبَّةً بِمِثْلِهِ وَمَا وَرَاءَهُ بِإِزَاءِ الفُلُوسِ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَفِي أَكْثَرِ نُسَخِ المُخْتَصَرِ ذَكَرَ المَسْأَلَةَ الثَّانِيَةَ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

وقوله: هُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عما ذكرنا في رواية «الذخيرة» من قول الفقيه أبي جعفر، والفقيه المظفر، وشيخ الإسلام رحمهم الله.

قوله: وَلَوْ قَالَ أَعْطِنِي نِصْفَ دِرْهَمٍ فُلُوسٍ، بانجرار فلوس على البدلية من: دِرْهَمٍ، أي: أعطني نصف درهم وهو فلوسٌ، ويجوز النصب على البدل من نصف.

قوله: وَنِصْفًا إِلَّا حَبَّةً جَازَ، والفرق بين هذه وبين الأولى ما ذكرنا أنه لم يقل هاهُنا: وبنصفه نصفًا على وجه المقابلة، بخلاف الأولى فإنه قال به هناك، فكان فيه مقابلة نصف درهم بنصف درهم مع نقصان الجهة فكان ربًا.

قوله: وَفِي أَكْثَرِ نُسَخِ المُخْتَصَرِ، أي: «مختصر القدوري»، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(كِتَابُ الكَفَالَةِ)

كتاب الكفالة

أورد الكفالة عقيب البيوع؛ إمَّا لأنَّ الكفالة إنما يحتاج إليها غالبًا في البياعات؛ لعدم اعتماد أحد المتبائعين على الآخر، فصارت الكفالة بسبب الغلبة كأثر من آثار البيوع، والأثر أبدًا يعقب المؤثر.

أو لأنَّ الكفالة إذا كانت بالأمر فهي معاوضةٌ انتهاءً، فرُوعي انتهاؤها بالإيراد في انتهاء البيوع.

أو لأنَّ كتاب الصرف لمَّا أورد بعد البيوع لكون الصرف نوعًا من أنواع البيوع، ولكفالة المال مناسبة خاصة بالصرف من حيث أن في كل منهما معاملةً فيما يجب في الذمة وهو الدراهم والدنانير، خلا أن الصرف فيما سيجب والكفالة فيما وجب، والذي سيجب مقدم على الذي وجب؛ لأنَّ تحقق الوجوب إنما يكون بعد قرب الوجوب.

ثم من محاسن الكفالة هي: إظهار الشفقة، ومراعاة الأخوه ببذل الذمة ليَضُمها إلى الذمة، ليتفسح محل المطالبة، ويسهل الأمر على المطالب، ويسكن قلب المطالب، قال الله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧]، والقراءة بالتشديد إشارة إلى منة الله تعالى على زكريا، حيث جعله كفيلًا لمريم، فكل من كفل عن مديون، أو مستحق عليه الحق فهو في منة الله تعالى؛ إذ جعله رفيق زكريًا صلوات الله وسلامه عليه، ولا تلتفتْ إلى ملامة الخلق، وانظر إلى إعانة خالق الخلق، ولا تنظر إلى غرامة المال، وانظر إلى كرامة ذي الجلال، واقرأ قوله تعالى: ﴿وَٱلْيَسَعَ وَذَا ٱلْكِفْلِ﴾ [ص: ٤٨]، كيف ذكر باسم ذي الكفل نبيًّا من الأنبياء، قيل: إنه كفل عددًا من الأنبياء عن ملك قصد قتلهم، وإذا عزمتَ الكفالة فلك الرجوع في الدنيا

....

شرعًا على الأصل وإن لم يسلم لفساده، فالله يجازيك بالنِّعم الجليل في الجنة الموصوفة بالظل الظليل.

فيحتاج هاهنا إلى معرفة تسعة أشياء: إلى تفسير الكفالة لغةً، وشرعًا، وسببها، وركنها، وشرطها، وأهلها، وأنواعها، وألفاظها، وحكمها.

أمَّا التفسير اللغوي والشرعي فمذكور في الكتاب، والأولى في تعريف الكفالة شرعًا أن يقول: الكفالة: هي ضمُّ الذمة إلى الذمة في حق التزام المطالبة بالمضمون الذي على الأصل من غير أن يثبت أصل المضون في ذمته من غير تعرّض لذكر الدَّين.

وإنما قلنا: هذا أَوْلَى؛ لأنَّ الكفالة كما تصح في الديون فكذلك تصح في الأعيان المضمونة كالمغصوب، وفي الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في حق التسليم، وكذلك كما تصح في الأموال تصح في النفوس أيضًا، وليس في الكفالة بالنفس إلا التزام ما هو الواجب على المكفول به، وهو تسليم نفسه إلى المكفول له فيصح التزامه من الكفيل.

وذكر في «المغرب»: وتركيبه دال على الضمِّ والتضمين، ومنه: كِفْلٌ، وهو كِساءٌ يُدار حول سنام البعير كالحويَّة[1] ثم يركب، ومنه: كِفْلُ الشيطان، أي: مركبه.

وأمَّا سببها: فمطالبة من له الحق فيما يجوز له التكفيل بالتكفيل، وذلك إمَّا لعدم الوثوق بمن عليه الحق، أو ليتيسَّر وصول الحق إلى مستحقه بتكثير محل المطالبة بالكفالة.

وأمَّا ركنها: فالإيجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمد، خلافًا لأبي يوسف رحمهم الله في قوله الآخر، حتى أن عندهما الكفالة لا تّتم بالكفيل وحده، سواء كفل بالمال أو بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له، أو قبول أجنبيّ عنه في مجلس العقد، وقال أبو يوسف رحمه الله: إجراء الكفالة تتم بالكفيل وحده، وجد القبول أو الخطاب من غيره أو لم يوجد.

واختلف المشايخ في قوله الآخر: أن الكفالة تصح من الكفيل وحده موقوفًا على

---

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): الحويَّة: كساء محشو حول سنام البعير.

....

إجازة الطالب، أو تصح نافذًا وللطالب حق الرد، وفائدة هذا الاختلاف إنما تظهر فيما إذا ماتَ المكفول له قبل القبول، من يقول بالتوقف يقول لا يؤاخذ به الكفيل.

وأمَّا شرطها: أن يكون الدين صحيحًا سواء كان على الصغير أو على العبد المحجور؛ لأنَّه يطالب به بعد العتق، بخلاف الكفالة ببدل الكتابة حيث لا يجوز؛ لأنَّه ليس بدين صحيح؛ لأنَّه لا يجب للمولى على عبده دين وإنما وجب مخالفاً للقياس فلا يظهر في حق صحة الكفالة، وأن يكون المكفول مقدور التسليم للكفيل.

وأمَّا أهلها: فهو من كان من أهل البيوع؛ لأنَّ الكفالة تبرعٌ بالتزام المال، فلذلك لم تصح من الصبي والعبد المحجور عليهما، والمكاتب، وكذا لم تصح من المريض إلا من الثلث كسائر تبرعاته.

وأمَّا أنواعها: فهي في أصلها نوعان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال على ما ذكر في الكتاب، ثم الكفالة بالمال على نوعين: في الديون، وفي الأعيان، والكفالة بالديون الصحيحة صحيحة بلا خلاف، وأمَّا الكفالة بالأعيان فهي على ثلاثة أنواع:

(١) كفالة بعين وهو أمانة غير واجب التسليم، كالوديعة، ومال المضاربة، والشركة، وهي لا تصح أصلًا.

(٢) وكفالة بعين هو أمانة لكنه واجب التسليم كالعارية، والمستأجَر تصح الكفالة بتسليم العين ولكن لو هلك لا يجب على الكفيل قيمة العين.

(٣) وكفالة بعين مضمون بالقيمة كالمغصوب، والمبيع بيعًا فاسدًا، والمقبوض على سوم الشراء، تصح الكفالة ويجب تسليم العين ما دام قائمًا، وتسليم قيمته إذا هلك على ما يجيء.

وأمَّا ألفاظها: فما هو المذكور في الكتاب مع زيادة بيان نذكرها.

وأمَّا حكمها: فتوجه المطالبة على الكفيل بما على الأصيل في الحال، فالمذهب عندنا أن بنفس الكفالة لا يجب الدين في ذمة الكفيل ولكن يجب عليه المطالبة بما هو على الأصيل، ولا يجعل الدين واجباً في ذمة الكفيل ولكن يجب عليه المطالبة بما هو على الأصيل، وثمرة

الكَفَالَةُ: هِيَ الضَّمُّ لُغَةً، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧] ثُمَّ قِيلَ: هِيَ ضَمُّ الذِّمَّةِ إِلَى الذِّمَّةِ فِي المُطَالَبَةِ، وَقِيلَ فِي الدَّيْنِ، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ.

هذا تجيء فيما بعد، كذا في «الذخيرة»، و«التحفة».

قوله: وَالأَوَّلُ أَصَحُّ، وهو ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة؛ لأنَّه لو وجب الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الأصيل يصير الدين الواحد دينين، والحقيقةُ لا تترك إلا لضرورة ولا ضرورة؛ لأنَّ بنفس الكفالة لا تثبت إلا المطالبة بما هو على الأصيل، والمطالبة قد تنفصل عن المطالب به، كالوكيل بالشراء يكون مطالبًا بالثمن والثمن على الموكل، حتى لو أبرأ الموكل عن الثمن جاز، وإذا انعدمت الضرورة لم يجعل المطالب به في ذمَّة الكفيل.

وذكر في «المبسوط» هذين القولين من غير ترجيح لأحدهما على الآخر، وذكر لكل واحد منهما وجهًا فقال: فمعنى تسمية العقد بالكفالة أنه يوجب ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل على وجه التوثق، وفيه طريقان:

أحدهما: الضم في المطالبة دون أصل الدين، بل أصل الدين في ذمة الأصيل على حاله والكفيل يصير مطالبًا به كالأصيل، وكما يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين في حق من له ابتداءً، حتى تكون المطالبة بالثمن للوكيل بالبيع وأصل الثمن للموكِّل، فكذلك يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين في حق من عليه الدين، فيتوجه المطالبة على الكفيل بعقد الكفالة وأصل الدين في ذمة الأصيل، وكذلك تنفصل المطالبة عن أصل الدَّين سقوطـًا بالتأجيل، فكذلك التزامـًا بالكفالة، والمطالبة مع أصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك العين، فكما يجوز أن ينفصل ملك التصرف عن ملك العين في حق المكاتب، وملك اليد عن ملك العين في حق المرتهن، فكذلك يجوز أن ينفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام أصل الدين.

والطريق الآخر: أن تنضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في ثبوت أصل الدين؛ لأنَّ الكفالة إقراض للذمة، والتزام المطالبة يبتني على التزام أصل الدين، وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حق المطالب؛ لأنَّه وإن

قَالَ: (الكَفَالَةُ ضَرْبَانِ: كَفَالَةٌ بِالنَّفْسِ، وَكَفَالَةٌ بِالمَالِ. فَالكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ جَائِزَةٌ وَالمَضْمُونُ بِهَا إِحْضَارُ المَكْفُولِ بِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَجُوزُ؛

ثبت الدين في ذمتهما فالاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما، كالغاصب مع غاصب الغاصب؛ فإن كل واحد منهما ضامن للقيمة، ولا يكون حق المغصوب منه إلا في قيمة واحدةٍ؛ لأنَّه لا يستوفى إلا من أحدهما، غير أن هناك اختيارَه تضمينَ أحدهما يوجب براءة الآخر لما فيه من التمليك منه، وهاهنا لا يوجب ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء فلهذا يملك مطالبة كل واحد منهما به.

وجعل في «الإيضاح» القول الأول قولنا، والقول الثاني قول الشافعي رحمه الله فقال: وموجب الكفالة عندنا صيرورة ذمة الكفيل مضمونةً إلى ذمَّة الأصيل في حق المطالبة دون أصل الدين، وقال الشافعي رحمه الله: موجبها وجوب الدين على الكفيل فيصير الدين الواحد في حكم دينين.

فإن قلتَ: ما تقول فيما إذا وهبَ رب الدين الدين للكفيل صحَّ ورجع الكفيل به على الأصيل، ولو لم يصر عليه الدين لما ملكَ كما قبل الكفالة، ولو اشترى به منه شيئاً صحَّ مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح، وكذلك الشِّراء بالدين من غير من عليه لا يصح، فثبتَ أن الدين واجب على الكفيل.

قلتُ: هذا هو الذي تشبَّث به الشافعي رحمه الله في تصحيح مذهبه فجوابنا عنه أن رب الدين إذا وهب للكفيل، أو اشترى منه ثيابه يصح، فجعلنا الدين حينئذٍ عليه لضرورة تصحيح التصرف، وجعلناه في حكم دينين وقبله لا ضرورة فلا نجعله في حكم دينين؛ وذلك لأنَّ الدين بقيَ في ذمة الأصيل فلا يتصور وجوبه في ذمة الكفيل إلا بعد فراغ المحل الأول عنه، وجعل الدين الواحد في حكم الاثنين قلب الحقيقة فلا يصار إليه إلا عند الضرورة ولا ضرورة؛ لأنَّه أمكن أن يجعل الذمة مضمونة إلى الذمة في حق المطالبة، فتعدد المطالبة مع اتحاد الدين؛ لأنَّ المطالبة قد تنفصل عن الدين كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن والثمن على الموكل، إلى هذا أشار في «الإيضاح».

لِأَنَّهُ كَفَلَ بِمَا لا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ، إِذْ لا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى نَفْسِ المَكْفُولِ بِهِ، بِخِلَافِ الكَفَالَةِ بِالمَالِ لِأَنَّ لَهُ وِلايَةً عَلَى مَالِ نَفْسِهِ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «الزَّعِيمُ غَارِمٌ» وَهَذَا يُفِيدُ مَشْرُوعِيَّةَ الكَفَالَةِ بِنَوْعَيْهِ، وَلِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ بِطَرِيقِهِ بِأَنْ يَعْلَمَ الطَّالِبُ مَكَانَهُ فَيُخَلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ أَوْ يَسْتَعِينَ بِأَعْوَانِ القَاضِي فِي ذَلِكَ وَالحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَيْهِ، وَقَدْ أَمْكَنَ تَحَقُّقُ مَعْنَى الكَفَالَةِ وَهُوَ الضَّمُّ فِي المُطَالَبَةِ فِيهِ.

قوله: لِأَنَّهُ كَفَلَ بِمَا لا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ، فكان كبيع الطير في الهواء، وبيانه أن المكفول بنفسه رَقَبَانِيٌّ مثله لا ينقاد له ليُسلمه، خصوصًا إذا كفل بغير أمره وكذلك إذا كفل بأمره؛ لأنَّ أمره بالكفالة لا يُثبت له عليه ولايةً على نفسه ليُسلمه، كما أن أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال من المكفول عنه، كذا في «المبسوط».

قوله: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»، أي: الكفيل ضامن من: زعمتُ به أزعمُ زعمًا وزعامةً، أي: كفلتُ.

قوله: بِنَوْعَيْهِ، أي: بنوعي الكفالة على تأويل عقد الكفالة، ونوعاه: الكفالة بالنفس والكفالة بالمال.

فإن قلتَ: إن النبي صلَّى الله عليه وسلم حكم في هذا الحديث بصحَّة الكفالة التي يلزم فيها الغُرم على الكفيل، والكفيل بالنفس لا يغرم شيئًا فكيف وجه الاستدلال به؟ قلتُ: الغرم ينبئ عن لزوم شيء يضره وعلى الكفيل بالنفس يلزم الاحضار، كذا في «شرح الأقطع».

قوله: وَالحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَيْهِ، أي: مهمة، كذا في «الصحاح»، وهي ضرورة إحياء حقوق العباد؛ لأنَّه رُبَّما تغيب نفسه فيستوي حق صاحب الحق إليه، أي: إلى عقد الكفالة بالنفس؛ ولأن النبي صلَّى الله عليه وسلم كفَّل رجلًا في تهمة، والتكفيل أخذ الكفيل بالنفس، وكان بين عليٍّ وعُمر رضي الله عنهما خصومة فكفلت أم كلثوم بنفس عليٍّ، ولأنه التزم تسليمَ ما هو مستحق على الأصيل فيصح كالكفالة بالمال، ومعنى هذا أن تسليم النفس مستحق على الأصيل حقًّا للمدعي حتى يستوفى عند طلبه، فإن القاضي يقطعه عن أشغاله ويحضره مجلسه عند طلب خصمه، وقد ذمَّ الله تعالى قومًا على الامتناع عن الحضور بقوله: ﴿وَإِذَا

قَالَ: (وَتَنْعَقِدُ إِذَا قَالَ تَكَفَّلْتُ بِنَفْسِ فُلَانٍ أَوْ بِرَقَبَتِهِ أَوْ بِرُوحِهِ أَوْ بِجَسَدِهِ أَوْ بِرَأْسِهِ وَكَذَا بِبَدَنِهِ وَبِوَجْهِهِ) لِأَنَّ هَذِهِ الأَلْفَاظَ يُعَبَّرُ بِهَا عَنِ البَدَنِ إِمَّا حَقِيقَةً أَوْ عُرْفًا عَلَى مَا مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ بِنِصْفِهِ أَوْ بِثُلُثِهِ أَوْ بِجُزْءٍ مِنْهُ لِأَنَّ النَّفْسَ الوَاحِدَةَ فِي حَقِّ الكَفَالَةِ لا تَتَجَزَّأُ فَكَانَ ذِكْرُ بَعْضِهَا شَائِعًا كَذِكْرِ كُلِّهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ تَكَفَّلْتُ بِيَدِ فُلَانٍ أَوْ بِرِجْلِهِ لِأَنَّهُ لا يُعَبَّرُ بِهِمَا عَنِ البَدَنِ حَتَّى لا تَصِحَّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَيْهِمَا وَفِيمَا تَقَدَّمَ تَصِحُّ (وَكَذَا إِذَا قَالَ ضَمِنْتُهُ) لِأَنَّهُ تَصْرِيحٌ بِمُوجِبِهِ (أَوْ قَالَ) هُوَ (عَلَيَّ) لِأَنَّهُ صِيغَةُ الإِلتِزَامِ (أَوْ قَالَ إِلَيَّ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى عَلَيَّ فِي هَذَا المَقَامِ.

قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ، وَمَنْ تَرَكَ كَلًّا أَوْ عِيَالًا

دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ [النور: ٤٨] الآية، وإنما يذم بالامتناع عمَّا هو مستحق عليه، وإذا ثبتَ أن التسليم مستحق على الأصيل فالظاهر أنه ينقاد إلى ما هو المطلوب منه، خصوصاً ما إذا كانت الكفالة بأمره فإنه هو الذي أدخله في هذه الورطة فعليه إخراجه.

ولأنه ليس التسليم كله في إحضار الأصيل، بل إذا أتى بالطالب إلى الموضع الذي فيه المطلوب فوقف عليه يتحقق التسليم، مع أن شرط صحة الالتزام كون المُلتزم متأتياً لا قدرته على أدائه، كالتزام حقوق الله تعالى بالنذر حتى أنَّ من نذر أن يحج ألف حجة يلزمه وإن كان هو لا يعيش ألف سنة ليؤدي جميعها، فهاهُنا أيضًا التسليم يتأتى فيصح التزامه وإن كان الكفيلُ ربما يعجز عنه، كذا في «المبسوط».

قوله: إِمَّا حَقِيقَةً - كما في قوله: تكفلتُ بجسده أو ببدنه - أَوْ عُرْفًا، كما في قوله: تكفلتُ بوجهه أو برأسه؛ لأنَّ كلًّا من هذين العضوين مخصوص بعضو خاصٍّ فلا يشتمل الكل حقيقة، فتناوله الكل كان بطريق العرف لا الحقيقة.

قوله: وَكَذَا إِذَا قَالَ ضَمِنْتُهُ؛ لِأَنَّهُ تَصْرِيحٌ بِمُوجِبِهِ، أي: بموجب عقد الكفالة؛ لأنَّه يصير به ضامناً للتسليم، والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك.

فَإِلَيَّ» (وَكَذَا إِذَا قَالَ أَنَا زَعِيمٌ بِهِ أَوْ قَبِيلٌ بِهِ) لِأَنَّ الزَّعَامَةَ هِيَ الكَفَالَةُ وَقَدْ رَوَيْنَا فِيهِ. وَالقَبِيلُ هُوَ الكَفِيلُ، وَلِهَذَا سُمِّيَ الصَّكُّ قَبَالَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ أَنَا ضَامِنٌ لِمَعْرِفَتِهِ لِأَنَّهُ الْتَزَمَ المَعْرِفَةَ دُونَ المُطَالَبَةِ.

قَالَ: (فَإِنْ شَرَطَ فِي الكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ تَسْلِيمَ المَكْفُولِ بِهِ فِي وَقْتٍ بِعَيْنِهِ لَزِمَهُ إِحْضَارُهُ إِذَا طَالَبَهُ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ) وَفَاءً بِمَا الْتَزَمَهُ.

الكَلُّ: العيال، قال الله تعالى: ﴿وَهُوَ كَلٌّ عَلَىٰ مَوْلَـٰهُ﴾ [النحل: ٧٦]، والجمع الكلول، والكل اليتيم أيضًا، وهاهنا اليتيم بدلالة عطف العيال عليه، والعيال هو من يعوله، أي: يقوته وينفق عليه.

قوله: وَقَدْ رَوَيْنَا فِيهِ، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلم: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ».

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ أَنَا ضَامِنٌ لِمَعْرِفَتِهِ، أي: لا يصير كفيلًا بهذا اللفظ لما ذكر.

وفي «الذخيرة»: فلو قال: أَنَا ضَامِنٌ لِمَعْرِفَتِهِ، أو بمعرفته فإنه لا يصير كفيلًا، فكان بمنزلة ما قال: أنا ضامن لك على أن أدُلّك عليه، أو أقفك عليه، وذلك لا يكون كفالة فكذلك هاهنا.

وفي «المنتقى»: وفي قول أبي يوسف رحمه الله فيمن قال: أنا ضامن لك بمعرفة فلان، يلزمه، وعلى هذا معاملة الناس، ولو قال: (آشنائى فلان بر مَنست)، قال الفقيه أبو جعفر: يصير كفيلًا، وهكذا ذكر شيخ الإسلام، وقال الفقيه أبو الليث: لا يصير به كفيلًا، وبه أخذ الصدر الشهيد رحمهم الله تعالى.

وذكر في «فتاوى قاضي خان»: وما قاله الفقيه أبو جعفر أقرب إلى عرف الناس، ثم قال: ولو قال: آشنائى مَنست، أو قال: فلان آشنا ست، قالوا: تكون كفالة بالنفس، وعامة المشايخ قالوا: لو قال: آشنائى فلان بر مَنست، وإذا قال: فلان آشنا ست، يكون كفيلًا فكأنَّهم فرقوا بين العربية والفارسية، في الفارسية جعلوه كفيلًا بالنفس، وفي قوله: أنا كفيل بمعرفة فلان، أو: أنا ضامن بمعرفة فلان، لا يكون كفيلًا.

(فَإِنْ أَحْضَرَهُ وَإِلَّا حَبَسَهُ الحَاكِمُ) لِامْتِنَاعِهِ عَنْ إِيفَاءِ حَقٍّ مُسْتَحِقٍّ عَلَيْهِ، وَلَكِنْ لَا يَحْبِسُهُ أَوَّلَ مَرَّةٍ لَعَلَّهُ مَا دَرَى لِمَاذَا يَدَّعِي. وَلَوْ غَابَ المَكْفُولُ بِنَفْسِهِ أَمْهَلَهُ الحَاكِمُ مُدَّةَ ذَهَابِهِ وَمَجِيئِهِ، فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يُحْضِرْهُ يَحْبِسُهُ لِتَحَقُّقِ امْتِنَاعِهِ عَنْ إِيفَاءِ الحَقِّ.

قوله: فَإِنْ أَحْضَرَهُ وَإِلَّا حَبَسَهُ الحَاكِمُ، فيكون معنى قوله: وَإِلَّا حَبَسَهُ، محمولًا على ما إذا لم يظهر عجزه، فأمَّا إذا ظهر عجزه فلا معنى للحبس، إلا أنه لا يُحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين أشغاله، وهكذا المفلس إذا أخرجه القاضي من السجن، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَلَوْ غَابَ المَكْفُولُ بِنَفْسِهِ - وهو المدعى عليه - أَمْهَلَهُ الحَاكِمُ مُدَّةَ ذَهَابِهِ وَمَجِيئِهِ، فَإِنْ مَضَتْ - مدة - وَلَمْ يُحْضِرْهُ يَحْبِسُهُ، هذا إذا علم الكفيل مكانه، وإن لم يعرف سقطت المطالبة؛ فإنه ذكر في «الذخيرة»: فإن كان الكفيل عاجزًا عن التسليم بأن غاب المكفول به إلى بلدة أخرى ولا يعرف مكانه، واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للحال إلى أن يعرف مكانه؛ لأنَّهما تصادقا على عجزه عن التسليم للحال، وإن كان يعرف مكانه فالكفيل يؤاخذ به ويأمر بالتسليم، ولكن يمهل قدر الجيئية والذهاب ويستوثق منه بكفيل، وإذا مضى ذلك الوقت ولم يسلمه الآن يحبسه، وإن وقع الاختلاف بين الطالب والكفيل فقال الكفيل: لا أعرف مكانه، وقال الطالب: تعرف مكانه، فإن كانت له خرجة معروفة يخرج إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت، فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع؛ لأن الظاهر شاهد للمدعي، وإن لم يكن ذلك معروفًا منه فالقول قول الكفيل؛ لأنَّه متمسك بالأصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة إيَّاه والطالب يدعيه.

وقال بعضهم: لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبسه القاضي إلى أن يظهر عجزه؛ لأنَّ المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على إسقاطها عن نفسه بما يقول، فإن أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع وإحضاره، اعتبارًا للثابت بالبينة بالثابت معاينة.

قَالَ: (وَكَذَا إِذَا ارْتَدَّ وَالعِيَاذُ بِاللهِ وَلَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ) وَهَذَا لِأَنَّهُ عَاجِزٌ فِي المُدَّةِ فَيُنْظَرُ كَالَّذِي أُعْسِرَ، وَلَوْ سَلَّمَهُ قَبْلَ ذَلِكَ بَرِئَ لِأَنَّ الأَجَلَ حَقُّهُ فَيَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ،

قوله: وَكَذَا إِذَا ارْتَدَّ وَالعِيَاذُ بِاللهِ وَلَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ، وهذه المسألة ليست في بعض النسخ إلى قوله: قَالَ: وَإِذَا أَحْضَرَهُ وَسَلَّمَهُ.

ثم معنى قوله: وَكَذَا إِذَا ارْتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ، أي: لا يسقط الكفيل عن كفالته بل يمهله الحاكم مدة ذهابه إلى دار الحرب ومجيئه.

فإن قلتَ: اللحوق بدار الحرب مع الارتداد بمنزلة الموت حكمًا حتى قسم ماله بين ورثته، وحق الكفالة أضعف من حق الأملاك؛ لأنَّها من التبرعات فأَوْلَى أن يظهر أثر الموت الحكميّ في حقها أيضًا.

قلتُ: قد ذكر الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «المبسوط»: وإذا ارتد المكفول بنفسه ولحق بدار الحرب لم يبرأ الكفيل؛ لأنَّ لحاقه بدار الحرب كموته حكمًا في قسمة ماله بين ورثته، فأمَّا في حق نفسه فهو مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس إلى الخصم فيبقى الكفيل على كفالته، وحاصل الفرق بينهما أن بالارتداد واللحاق بدار الحرب أعطي له حكم أهل الحرب، وأموال أهل الحرب غير مغصوبة في حق أهل الإسلام والأقرب بماله من جملة أهل الإسلام أقاربه فظهر عدم العصمة في ماله حتى قسم، وأمَّا الحقوق الثانية في ذمته من لزوم التوبة والرجوع إلى الإسلام وتسليم النفس إلى من يستحق تسليمه فباقية في ذمته، كما كانت لبقاء ذمته حقيقةً فلذلك يبقى الكفيل على كفالته.

وذكر في «الذخيرة»: إذا لحق المكفول بنفسه بدار الحرب إن كان الكفيل قادرًا على ردِّه بأن كان بيننا وبين أهل الحرب موادعة أن من لحق منهم مرتدًّا يردونَهم علينا إذا طالبنا، فالكفيل يمهل قدر الذهاب والجيئة، وإن لم يكن قادرًا على ردِّه بأن لم يتقدم موادعة على الوجه الذي قلنا فالكفيل لا يؤاخذ به.

قوله: وَلَوْ سَلَّمَهُ قَبْلَ ذَلِكَ - الوقت - بَرِئَ؛ - أي: قبل ذلك الوقت الذي عينه - لِأَنَّ

كَمَا فِي الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَحْضَرَهُ وَسَلَّمَهُ فِي مَكَانٍ يَقْدِرُ المَكْفُولُ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ فِيهِ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ فِي مِصْرٍ بَرِئَ الكَفِيلُ مِنَ الكَفَالَةِ) لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا التَزَمَهُ وَحَصَلَ المَقْصُودُ بِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مَا التَزَمَ التَّسْلِيمَ إِلَّا مَرَّةً. قَالَ: (وَإِذَا كَفَلَ عَلَى أَنْ يُسَلِّمَهُ فِي مَجْلِسِ القَاضِي فَسَلَّمَهُ فِي السُّوقِ بَرِئَ) لِحُصُولِ المَقْصُودِ، وَقِيلَ فِي زَمَانِنَا: لا يَبْرَأُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ المُعَاوَنَةُ عَلَى الِامْتِنَاعِ لا عَلَى الإِحْضَارِ فَكَانَ التَّقْيِيدُ مُفِيدًا (وَإِنْ سَلَّمَهُ فِي بَرِّيَّةٍ لَمْ يَبْرَأْ) لِأَنَّهُ لا يَقْدِرُ عَلَى المُخَاصَمَةِ فِيهَا فَلَمْ يَحْصُلِ المَقْصُودُ، وَكَذَا إِذَا سَلَّمَهُ فِي سَوَادٍ لِعَدَمِ قَاضٍ يَفْصِلُ الحُكْمَ فِيهِ، وَلَوْ سَلَّمَ فِي مِصْرٍ آخَرَ غَيْرِ المِصْرِ الَّذِي كَفَلَ

الأَجَلَ حَقُّهُ، أي: حق الكفيل.

وذكر في «المبسوط»: وإذا كفل بنفسه إلى شهر ثم دفعه إليه قبل الشهر برئ؛ لأنَّ التأجيل إنما كان لحق الكفيل حتى لا يُضيّق عليه الأمر في المطالبة بالتسليم قبل الشهر، فإذا سلمه قبل مضي الشهر فقد أوفى ما عليه ويسقط حق نفسه، فهو بمنزلة من عليه دين مؤجل إذا قضاه قبل مضي الأجل برئ ولم يكن للطالب أن يأبى القبول، فكذلك هاهنا لا يكون للمكفول له أن يأبى القبول.

وقيل: في زمانِنا لا يبرأ، والمتأخرون من مشايخنا يقولون: هذا الجواب - أي: الجواب بأنه يبرأ - بناء على عاداتِهم في ذلك الوقت، فأمَّا في زمانِنا إذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم إليه في غير ذلك الموضع؛ لأنَّ في زمانِنا أكثر الناس يُعينون بالمطلوب على الامتناع من الحضور لغلبة أهل الفسق والفساد، فتقييد التسليم بمجلس القاضي مفيد.

قوله: وَلَوْ سَلَّمَ فِي مِصْرٍ آخَرَ غَيْرِ المِصْرِ الَّذِي كَفَلَ فِيهِ بَرِئَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ ... وَعِنْدَهُمَا لا يَبْرَأُ، حتى يدفعه إليه في المصر الذي كفل فيه، قيل: هذا اختلاف عصر لا اختلاف حكم، فأبو حنيفة رحمه الله كان في القرن الثالث وقد شهد رسول الله صلَّى الله

فِيهِ بَرِئَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِلْقُدْرَةِ عَلَى الْمُخَاصَمَةِ فِيهِ. وَعِنْدَهُمَا لا يَبْرَأُ لِأَنَّهُ قَدْ تَكُونُ شُهُودُهُ فِيمَا عَيَّنَهُ. وَلَوْ سَلَّمَهُ فِي السِّجْنِ وَقَدْ حَبَسَهُ غَيْرُ الطَّالِبِ لا يَبْرَأُ لِأَنَّهُ لا يَقْدِرُ عَلَى الْمُخَاصَمَةِ فِيهِ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ بَرِئَ الْكَفِيلُ بِالنَّفْسِ مِنَ الْكَفَالَةِ) لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنْ إِحْضَارِهِ، وَلِأَنَّهُ سَقَطَ الْحُضُورُ عَنِ الأَصِيلِ فَيَسْقُطُ الإِحْضَارُ عَنِ الْكَفِيلِ، وَكَذَا إِذَا مَاتَ الْكَفِيلُ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ قَادِرًا عَلَى تَسْلِيمِ الْمَكْفُولِ بِنَفْسِهِ وَمَالُهُ لا يَصْلُحُ لِإِيفَاءِ هَذَا الْوَاجِبِ بِخِلَافِ الْكَفِيلِ بِالْمَالِ. وَلَوْ مَاتَ الْمَكْفُولُ لَهُ فَلِلْوَصِيِّ أَنْ يُطَالِبَ

عليه وسلم لأهله بالصدق، وكانت الغلبة لأهل الصلاح، والقضاة لا يرغبون في الميل إلى الرشوة، وعامل كل مصر ينقاد لأمر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم إليه في ذلك المصر أو في مصر آخر، ثم تغيّر الحالُ بعد ذلك في زمان أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فظهر أهل الفساد والميل من القضاة إلى أخذ الرشوة فقالا: يتقيّد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعًا للضرر عن الطالب.

ولهما ما ذكر في الكتاب، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: سلمه إليه في موضع أمن وغياث فيبرأ به، كما لو سلمه إليه في ذلك المصر؛ وهذا لأنَّ المعتبر تمكنه من أن يحضره مجلس القاضي إمَّا ليثبت الحق عليه، أو يأخذ منه كفيلًا وهذا قد حصل، ثمَّ كما يتوهم أن تكون شهوده في تلك المصر يتوهم أن تكون شهوده في هذا المصر، فيتقابل الموهومان ويبقى التسليم متحققاً من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرأ به، هذا كله من «المبسوط».

قوله: لِإِيفَاءِ هَذَا الوَاجِبِ، وهو الإحضار، وتسليم المكفول به إلى المكفول له، ولا ينوب المال مناب هذا الواجب فسقطت الكفالة بموت المكفول به أو الكفيل.

قوله: بِخِلَافِ الكَفِيلِ بِالمَالِ، حيث لا تبطل الكفالة بالمال بموت الكفيل لنيابة مال الكفيل مناب الكفيل؛ إذ المقصود هناك إيفاء حق المكفول له بالمال، ومال الكفيل صالح له

الكَفِيلَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلِوَارِثِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ المَيِّتِ.

قَالَ: (وَمَنْ كَفَلَ بِنَفْسِ آخَرَ وَلَمْ يَقُلْ إِذَا دَفَعْتُ إِلَيْكَ فَأَنَا بَرِيءٌ فَدَفَعَهُ إِلَيْهِ فَهُوَ بَرِيءٌ) لِأَنَّهُ مُوجِبُ التَّصَرُّفِ فَيَثْبُتُ بِدُونِ التَّنْصِيصِ عَلَيْهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ قَبُولُ الطَّالِبِ التَّسْلِيمَ كَمَا فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَلَوْ سَلَّمَ المَكْفُولُ بِهِ نَفْسَهُ مِنْ كَفَالَتِهِ صَحَّ؛

فلذلك لا يبطل كفالته بموته، بل يؤخذ ما التزمه بالكفالة من تركته ثم ترجع ورثة بذلك على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره كما في حالة الحياة.

وذكر في «المبسوط» في باب الكفالة بالمال: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم إلى أجل فكفل بها عنه رجل ولم يسم في الكفالة إلى أجل فالكفيل ضامن لها إلى الأجل وإن لم يسمه؛ لأنَّه يلتزم المطالبةَ التي هي على الأصيل، والمطالبة على الأصيل بهذا المال بعد حلول الأجل فكذلك على الكفيل، إلى أن قال: فإن مات الكفيل قبل الأجل فهو عليه حال يؤخذ من تركته؛ لأنَّه بالموت استغنى عن الأجل ولكن لا ترجع ورثته على الذي عليه الأصل حتى يحل الأجل؛ لأنَّ الأجل باق في حق الأصيل لبقاء حاجته حتى لا يطالبه المطالب بشيء فكذلك ورثة الكفيل.

قوله: لِأَنَّهُ مُوجِبُ التَّصَرُّفِ، أي: لأنَّ دفع المكفول به إلى المكفول له موجب لتصرف الكفالة بالنفس، والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها صريحًا كثبوت الملك في الشراء.

قوله: فَيَثْبُتُ بِدُونِ التَّنْصِيصِ عَلَيْهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ قَبُولُ الطَّالِبِ التَّسْلِيمَ كَمَا فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ، كالغاصب إذا رد المغصوب على المالك، والبائع إذا سلم المبيع إلى المشتري.

وفي «المبسوط»: ويستوي إن قبله الطالب أو لم يقبله؛ لأنَّ الكفيل يبرئ نفسه بإيفاء عين ما التزم، ولا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كالمديون إذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب؛ وهذا لأنه لو توقف على قبول الطالب تضرَّر به من عليه، فإنه يمتنع من ذلك إيفاءً لحق نفسه والضرر مدفوع بحسب الإمكان.

قوله: وَلَوْ سَلَّمَ المَكْفُولُ بِهِ نَفْسَهُ مِنْ كَفَالَتِهِ صَحَّ، أي: من كفالة الكفيل، معنى هذا ما

لِأَنَّهُ مُطَالَبٌ بِالخُصُومَةِ فَكَانَ لَهُ وِلَايَةُ الدَّفْعِ، وَكَذَا إِذَا سَلَّمَهُ إِلَيْهِ وَكِيلُ الكَفِيلِ أَوْ رَسُولُهُ لِقِيَامِهِمَا مَقَامَهُ.

قَالَ: (فَإِنْ تَكَفَّلَ بِنَفْسِهِ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُوَافِ بِهِ إِلَى وَقْتِ كَذَا فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا عَلَيْهِ وَهُوَ أَلْفٌ فَلَمْ يُحْضِرْهُ إِلَى ذَلِكَ الوَقْتِ لَزِمَهُ ضَمَانُ المَالِ) لِأَنَّ الكَفَالَةَ بِالمَالِ مُعَلَّقَةٌ

ذكره في «المبسوط» وقال: وإذا دفع المكفول به نفسه إلى الطالب وقال: دفعتُ نفسي إليك من كفالة فلان برئ الكفيل، وهذا وما لو سلَّمه الكفيل سواء؛ لأن للكفيل أن يطالبه بالحضور ليسلمه إذا طولب به فهو إنما يبرئ نفسَه عن ذلك بهذا التسليم فلا يكون متبرعًا فيه كالمحيل إذا قضى الدين بنفسه.

وقوله: لِأَنَّهُ مُطَالَبٌ بِالخُصُومَةِ، بفتح اللام، وفي نسخة: بِالحُضُورِ، أي: لأنَّ المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون في تسليم نفسه إلى الطالب متبرعًا، فلذلك صحَّ تسليمُه قبل الطالب أو لم يقبل.

وافاه إيَّاه: مفاعلة من الوفاء، ومنه: كفل بنفس رجل على أن يوافي به المسجدَ الأعظم، كذا في «المغرب».

قوله: فَإِنْ تَكَفَّلَ بِنَفْسِهِ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُوَافِ بِهِ إِلَى وَقْتِ كَذَا فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا عَلَيْهِ وَهُوَ أَلْفٌ، فالتقييد بقوله: لِمَا عَلَيْهِ، مفيد؛ لأنَّه إذا لم يقل: لِمَا عَلَيْهِ، لا يلزم على الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد رحمه الله خلافًا لهما.

وأمَّا التقييد بقوله: وَهُوَ أَلْفٌ، فغير مفيد؛ لأنَّه إذا قال: فعلى مالك عليه ولم يسم كم هو جاز؛ لأن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة فإنَّها مبنية على التوسع، مع أن عين الجهالة لا تؤثر في العقد إنما المؤثر جهالة تفضي إلى المنازعة، ألا ترى أن بيع القفيز من الصبرة جائز؛ لأنَّ جهالة القفيز لا تفضي إلى المنازعة وهذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنَّ الحق الذي له عليه معلوم في نفسه وإن لم يكن معلومًا فإعلامه ممكن، ألا ترى أنه لو قال: كفلتُ لك بما أدركك في هذه الجارية التي اشتريتُ من درك كان جائزًا، وأصل اللحوق في الدرك

بِشَرْطِ عَدَمِ المُوَافَاةِ، وَهَذَا التَّعْلِيقُ صَحِيحٌ، فَإِذَا وُجِدَ الشَّرْطُ لَزِمَهُ المَالُ (وَلَا يَبْرَأُ عَنِ الكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ) لِأَنَّ وُجُوبَ المَالِ عَلَيْهِ بِالكَفَالَةِ لَا يُنَافِي الكَفَالَةَ بِنَفْسِهِ،

وقدر ما يلحقه فيه الدرك مجهول، وقد اعتاد الناسُ الكفالة بهذه الصفة، وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة مع أن الشجة غير معلومة أنَّها هل تبلغ النفسَ أم لا تبلغ، كذا في «المبسوط».

قوله: فَإِذَا وُجِدَ الشَّرْطُ لَزِمَهُ المَالُ، وَلَا يَبْرَأُ عَنِ الكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ، فإن قلتَ: ينبغي أن يبرأ عن الكفالة بالنفس؛ لأنَّ الكفالة بالمال لما وجب دلت على انتفاء وجوب الكفالة بالنفس؛ إذ وجوب الكفالة بالمال على طريق البدلية من الكفالة بالنفس؛ لأنَّ وزان قولنا: إن لم يواف به في وقت كذا فأنا ضامن لما عليه من الألف، وزان قوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍۚ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، وقوله صلَّى الله عليه وسلم: «التراب طهور المسلم ولو إلى عشر حجج ما لم يجد الماء»، والحكم بجواز الصوم في كفارة اليمين دليل على عدم وجوب الكفارة بالمال، فكذا هنا لمَّا وجبت الكفالة بالمال في هذه الصورة ينبغي أن لا تجب الكفالة بالنفس.

قلتُ: الكفالة بالمال ليست ببدل عن الكفالة بالنفس هنا؛ لأنَّ كل واحد منهما مشروع للتوثق، فالتوثق بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق بالكفالة بالمال، كما لا ينافي التوثق بكفالة نفس أخرى مع وجود الكفالة بالنفس الأولى، وهذه الصيغة هنا لم تكن لإظهار البدلية بل هي لتعليق الكفالة بالمال، وهي ممَّا يتعلق بالشرط فاعتبرت من حيث التعليق لا من حيث الإبطال، بخلاف وجوب الكفارة بالصوم وجواز التيمم؛ لأنَّهما لا يتعلقان بالشرط فكانت تلك الصيغة هناك لإظهار البدلية، أي: لمَّا أُبطل الأول لعدم القدرة عليه وجب الثاني؛ لأنَّهما لا يجتمعان، وأمَّا هاهنا فبخلافه؛ وذلك لأنَّ الكفالة بالنفس لمَّا وجبت لم تبطل هي إلا بإحدى معان ثلاث وهي: التسليم، أو الإبراء، أو الموت، ولم يوجد واحد منها فيبقى كما كانت لعدم المبطل، وإنه لو بطلت إنما تبطل لوجود وجوب الكفالة بالمال، وقد قلنا أن الكفالة بالنفس مع الكفالة بالمال لا يتنافيان، فلا يلزم بطلان الكفالة بالنفس مع وجود الكفالة بالمال.

إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلتَّوَثُّقِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا تَصِحُّ هَذِهِ الكَفَالَةُ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ سَبَبِ

وذكر في «المبسوط»: لا منافاة بين الكفالتين ألا ترى أنه لو كفل بهما جميعًا كان صحيحًا، وبعد ما صحت الكفالة بالنفس لا يستفيد البراءة عنها إلا بالموافاة بالنفس ولم يوجد ذلك.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: فإذا لم يواف بنفسه حتى لزمه المال لا يبرأ من الكفالة بالنفس.

ونظيره ما قال في «المبسوط» في كتاب الوكالة: ولو وكل رجلًا أن يخلع امرأته وقال له: إن أبت الخلع فطلقها، فأبت الخلع فطلقها الوكيل وقع بإيقاعه ولا تبطل الوكالة بالخلع، حتى لو قالت: أنا أخلع فخلعها وهي في العدَّة جاز الخلع.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا تَصِحُّ هَذِهِ الكَفَالَةُ، وذكر في «المبسوط» قول ابن أبي ليلى مكان قول الشافعي رحمهما الله هنا.

ثم التقييد **بقوله: لا تَصِحُّ هَذِهِ الكَفَالَةُ**، لو كان للاحتراز عن سائر الكفالات بالمال التي تثبت بدون التعليق بالشرط صحيح، ولو كان للاحتراز عن الكفالة بالنفس التي كانت ثابتة في هذه الكفالة أولًا لا يصح؛ لأنَّ الكفالة بالنفس لا تصح عند الشافعي رحمه الله كما مرَّ فكانت كلتاهما باطلتين، فلم يكن للتخصيص **بقوله: هَذِهِ**، فائدة، ألا ترى أنه ذكر الإمام قاضي خان، والإمام المرغيناني رحمهما الله: فالكفالتان جائزتان عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: الكفالتان باطلتان.

أمَّا الكفالة بالنفس عنده لا تجوز، وأمَّا تعليق الكفالة الثانية فباطلة؛ لأنَّه تعليق سبب وجوب المال فلا يصح تعليقه بالشرط كتعليق البيع، وكما لو قال: إذا دخلت الدار فأنا كفيل بمالك على فلان، ولنا قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ٧٢﴾ [يوسف: ٧٢]، علق الكفالة بالشرط وهو المجيء بالصاع وشريعة من قبلنا تلزمنا قبل النسخ.

ولأن القياس يترك بالتعامل كما يترك للضرورة، ألا ترى أن القياس يترك بالتعامل فيما هو أضيق جوازًا من الكفالة كالبيع، فإنه لو اشترى نعلًا وشراكًا على أن يحذوها البائع جاز، فلأن يترك القياس بالتعامل في الكفالة وإنَّها أوْسَع جوازًا كان أوْلَى.

وُجُوبِ المَالِ بِالخَطَرِ فَأَشْبَهَ البَيْعَ. وَلَنَا أَنَّهُ يُشْبِهُ البَيْعَ وَيُشْبِهُ النَّذْرَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ الْتِزَامٌ. فَقُلْنَا: لا يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ بِمُطْلَقِ الشَّرْطِ كَهُبُوبِ الرِّيحِ وَنَحْوِهِ. وَيَصِحُّ بِشَرْطٍ مُتَعَارَفٍ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ وَالتَّعْلِيقُ بِعَدَمِ المُوَافَاةِ مُتَعَارَفٌ.

قَالَ: (وَمَنْ كَفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ وَقَالَ إِنْ لَمْ يُوَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيْهِ المَالُ، فَإِنْ مَاتَ المَكْفُولُ عَنْهُ ضَمِنَ المَالَ) لِتَحَقُّقِ الشَّرْطِ وَهُوَ عَدَمُ المُوَافَاةِ.

وبيان التعامل في ذلك أن الناس تعاملوا تعليق الكفالة بعدم موافاة المكفول به؛ لما في الثانية تأكيد الأولى.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ - أي: الكفالة - يُشْبِهُ البَيْعَ - انتهاءً من حيث أن الكفيل يرجع على المديون يأمر المديون - وَيُشْبِهُ النَّذْرَ مِنْ حَيْثُ الإِلتِزَامِ، فلشبه البيع ينبغي أن لا يجوز بالشروط كلها، ولشبه النذر ينبغي أن يجوز بالشروط كلها، فقلنا: إنه يجوز بشرط متعارف ولا يجوز بشرط غير متعارف عملًا بالشبهين.

قوله: كَهُبُوبِ الرِّيحِ وَنَحْوِهِ، كإمطار السماء، ودخول الدار.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: وما قال الشافعي رحمه الله: أن هذا تعليق التزام المال، فيه نظر؛ لأنَّ الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال على ما ذكرنا، ثم قال: فالحاصل في مسألتنا هذه أن تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح، وبغير متعارف كدخول الدار ونحوه باطل.

قوله: وَالتَّعْلِيقُ بِعَدَمِ المُوَافَاةِ مُتَعَارَفٌ، أي: تعليق الكفالة بالمال لعدم إحضار المكفول به متعارف؛ لأنَّ في الكفالة الثانية تأكيد الكفالة الأولى؛ لما أن الظاهر من مقصود المكفول له في إحضار المكفول به طلب ما ادَّعاه من الألف التي عليه ليوصل إليه حقُّه، وفي التزام الكفيل ذلك المال على تقدير عدم الموافاة يصل إليه حقه، فكانت الثانية مؤكدة للأولى فيصح التعليق به.

قوله: وَمَنْ كَفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ، إلى أن قال: لِتَحَقُّقِ الشَّرْطِ وَهُوَ عَدَمُ المُوَافَاةِ، فإن قلت:

....

هذه المسألة عين المسألة التي ذكرت قبلها؛ لأنَّ في كل واحد منهما وجوب المال لعدم الموافاة بسبب التزام المالَ عند عد الموافاة، غير أنه لم يُذكر موت المكفول به في الأولى وذكره في الثانية، وبه لا يقع الفرق؛ لأنَّه لما لزم المالُ على الكفيل بسبب عدم إحضاره المكفول به لا يتفاوت الحكم وهو لزوم المال على الكفيل بموت المكفول به أو بجنونه.

قلتُ: بل بينهما فرق؛ وذلك لأنه لم يذكر في بعض نسخ «الجامع الصَّغير» لفظ الغد في هذه المسألة، فكان تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة حينئذٍ مطلقاً وهناك مقيدًا بوقت بعينه، والمطلق غير المقيَّد فكان بينهما فرق، ولو كان لفظ الغد مذكورًا فالفرق بينهما من وجه آخر، وهو أن المكفول به ماتَ قبل مجيء الغد فوجب المال على الكفيل عند مجيء الغد لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة في الغد، وفي المسألة الأولى وجب المال على الكفيل بسبب عدم الموافاة في الوقت الذي عيَّنه، والمكفول به حيّ فعسى يقع على السامع شبهةً بأن يفترق الحكم في عدم الموافاة بين أن يكون المكفول به حيًّا في الوقت الذي عيَّنه، وبين أن يكون هو ميتاً في ذلك الوقت، فذكر هذه المسألة لإزالة تلك الشبهة.

فإن قلتَ: الآن تأكدت الشبهة وتفاقمت، وطرق الاستقامة قد تضاحمت، وهي أن من شرط الكفالة بالمال عند عدم الموافاة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس على حالها، ألا ترى أن الطالب لو أبرأ الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل انقضاء المدة في هذه المسألة لا يلزم الكفيل شيء؛ لأنَّ بالإبراء انفسخت الكفالة فلم يتحقق عدم الموافاة حال بقاء الكفالة بالنفس، فكذلك هاهُنا انفسخت الكفالة بموت المكفول به؛ لما ذكر قبل هذا **بقوله: وَإِذَا مَاتَ المَكْفُولُ بِهِ بَرِئَ الكَفِيلُ بِالنَّفْسِ مِنَ الكَفَالَةِ**، فصار نظير الإبراء فلا يلزمه المال، وهو أيضًا كما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله فيمن قال: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق، فأهراق الماء قبل الليل لا يقع الطلاق؛ لأنَّ الشرط عدم شرب مستحقٍّ باليمين في آخر النهار ولا يتحقق ذلك إذا أهراق الماء.

قلتُ: قال الإمام ظهير الدين رحمه الله في «الفوائد» في جواب هذه الشبهة: أن الإبراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له، فبالإبراء تنفسخ الكفالة من كل وجه، وبالموت

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَى عَلَى آخَرَ مِائَةَ دِينَارٍ بَيَّنَهَا أَوْ لَمْ يُبَيِّنْهَا حَتَّى تَكَفَّلَ بِنَفْسِهِ رَجُلٌ

ينفسخ فيما يرجع إلى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعد الكفالة؛ لأنَّ المستحق به تسليم يقع ذريعة إلى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم، ولا ضرورة إلى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال؛ لأنَّ عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق.

ثم قال: هذا إذا مات المكفول به، فإن مات الكفيل قبل انقضاء المدة هل يجب المال دينًا في تركة الكفيل إذا مضت المدة، وفي الأصل إشارة إلى أنه يجب فإنه قال: إن وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال، وإن أبى القبول يجبر عليه؛ لأنَّ لهم حقًّا في ذلك وهو أن لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله في «الجامع الصَّغير» جواب تلك الشبهة بوجه آخر فقال: تصحح الكفالة هاهنا بطريق التقديم والتأخير، وهو أن يجعل كأنه كفل بالمال في الحال ثم علق البراءة عنه بالموافاة بالنفس، والموافاة بالنفس لا يوجد بالموت فبقي المال واجبًا بالكفالة، ولا حاجة إلى هذا التقديم والتأخير في اليمين بالطلاق؛ لأنَّ الطلاق يحتمل التعليق بالشرط وبعد الوقوع لا يحتمل الرفع فلهذا افترقا، وهكذا أيضًا في «المبسوط».

قوله: وَمَنِ ادَّعَى عَلَى آخَرَ مِائَةَ دِينَارٍ بَيَّنَهَا أَوْ لَمْ يُبَيِّنْهَا، إلى آخره، ذكر صورة مسألة في أصل رواية «الجامع الصَّغير» شمس الأئمة، وفخر الإسلام رحمهما الله وغيرهما: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله في رجل لزم رجلًا فادَّعى عليه بمائة دينار، أو لزمه ولم يدع عليه مائة دينار فقال له رجل: دعه وأنا كفيل بنفسه إلى غد فإن لم أوافك به غدًا فعليَّ مائة دينار، فرضي به فلم يواف به قال: عليه مائة دينار في الوجهين جميعًا إذا ادعى ذلك صاحب الحق أنه له، وهذا قول أبي يوسف، وقال محمد رحمه الله: إذا ادعاها ولم يسمّها حتى كفل له بمائة دينار ثُمَّ ادَّعَى بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يُلْتَفَتْ إلَى دَعْوَاهُ.

وقوله: وَبَيَّنَهَا أَوْ لَمْ يُبَيِّنْهَا، أي: وبيَّن صفة مائة دينار بأنَّها جيدة أو رديَّة، أو خليفيَّة أو ركنيَّة، أو لم يبينها.

عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُوَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيْهِ المِائَةُ فَلَمْ يُوَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيْهِ المِائَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: إِنْ لَمْ يُبَيِّنْهَا حَتَّى تَكَفَّلَ بِهِ رَجُلٌ ثُمَّ ادَّعَى بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى دَعْوَاهُ) لِأَنَّهُ عَلَّقَ مَالًا مُطْلَقًا بِخَطَرٍ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَمْ يَنْسُبْهُ إِلَى مَا عَلَيْهِ، وَلَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ وَإِنْ بَيَّنَهَا

أو معنى قوله: وَبَيَّنَهَا، أي: وبيَّن قدر المائة بدعواه مائة دينار، أو لم يبين قدر الدنانير ولم يذكر المائة في دعواه؛ لأنَّه ذكر في رواية أصل «الجامع الصَّغير» في صورة المسألة: أو لزمه ولم يدع عليه مائة دينار فقال له رجل: دعه فأنا كفيل بنفسه إلى غد.

وكذا ذكره الإمام قاضي خان في تعليل الإمام الكرخي رحمهما الله: أنَّه لم يدع مالًا مقدرًا على ما يذكر على أنه إن لم يواف به غدًا، أي: على أنه إن لم يأت بالمدعى عليه غدًا.

قوله: إِنْ لَمْ يُبَيِّنْهَا - أي: إن لم يبين المدَّعي صفة المائة - حَتَّى تَكَفَّلَ، أي: تكفل الكفيل بنفس رجل.

قوله: ثُمَّ ادَّعَى بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى دَعْوَاهُ، أي: ثم ادعى مدع المائة التي كان لم يبين صفتها تلك المائة على الكفيل مع بيان الصفة لاتسمع دعواه، أي: لا يؤخذ الكفيل بكفالته حتى لا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة، وإن لم يبين ما ادَّعاه بعد ما ادَّعى على المدعى عليه شيئًا مجهولًا.

قوله: لِأَنَّهُ عَلَّقَ مَالًا مُطْلَقًا - والمراد من الإطلاق عدم نسبة كفالته إلى المال المدعى به حيث لم يقل الكفيل: تكفلتُ بالمال الذي يدعى على هذا المدعى عليه - بِخَطَرٍ، أي: بتردد شرط عدم الموافاة، أي: علق الكفيل كفالته بالمال المطلق عن النسبة بشرط عدم الموافاة بالمدعى عليه غدًا.

قوله: وَلَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ وَإِنْ بَيَّنَهَا، لاحتمال أنه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه، بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة للمدعي ليترك المدَّعى عليه في الحال، وهذه النكتة منسوبة إلى الشيخ الإمام أبي منصور الماتريدي رحمه الله.

وَلِأَنَّهُ لَمْ تَصِحَّ الدَّعْوَى مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ فَلَا يَجِبُ إِحْضَارُ النَّفْسِ، وَإِذَا لَمْ يَجِبْ لَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فَلَا تَصِحُّ بِالمَالِ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَيَّنَ.

وَلَهُمَا أَنَّ المَالَ ذُكِرَ مُعَرَّفًا فَيَنْصَرِفُ إِلَى مَا عَلَيْهِ، وَالعَادَةُ جَرَتْ بِالإِجْمَالِ فِي الدَّعَاوَى فَتَصِحُّ الدَّعْوَى عَلَى اعْتِبَارِ البَيَانِ، فَإِذَا بَيَّنَ التَحَقَ البَيَانُ بِأَصْلِ الدَّعْوَى فَتَبَيَّنَ صِحَّةُ الكَفَالَةِ الأُولَى فَيَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا الثَّانِيَةُ.

والثانية وهي **قوله**: وَلِأَنَّهُ لَمْ تَصِحَّ الدَّعْوَى، إلى آخره، منسوبة إلى الشيخ الإمام أبي الحسن الكرخي رحمه الله.

وقال الإمام قاضي خان رحمه الله: لمحمد رحمه الله وجهان:

أحدهما: ما قاله الشيخ الإمام الماتريدي: أنه لمَّا قال: عليَّ مائة دينار، ولم يضف الكفالة إلى المال المدعى به يحتمل أنه التزم مالاً مبتدأ فيكون رشوة؛ لأن التزام المال من غير نسبة إلى ما على المطلوب رشوة فالرشوة حرام، ويحتمل أنه أراد به التزام ما على الأصيل فلا يكون رشوة، والمال لم يكن لازمًا فلا يلزم بالشك، فعلى هذا الطريق وإن ادَّعى عليه مالًا معلومًا لم تصح الكفالة.

والوجه الثاني: ما اختاره أبو الحسن الكرخي رحمه الله أنه إذا لم يدع مالًا مقدرًا لم يستوجب إحضاره إلى مجلس القاضي لفساد الدعوى، فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح الكفالة بالمال؛ لأنَّه بناء عليه، فعلى هذا إذا كان المدَّعى به معلومًا وقت الدعوى تصح الكفالة وتنصرف الكفالة إلى المال المدعى به.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: أن هذه كفالة بالمال المدعى به عند الوجوب، أمَّا إذا كان المال معلومًا عند الدعوى فلأن الكفالة بالنفس صحت والكفالة الثانية بناء عليها، والبناء على الأولى تقييدٌ لكفالة المال المدعى به عرفًا، وأمَّا إذا لم يكن المال معلومًا عند الدعوى فلأن العادة فيما بين الناس أنَّهم يحملون الدعوى في غير مجلس القضاء، ويبيِّنون عند القاضي دفعًا لحيل الخصومة، ويريد الكفيل بالمائة المطلقة المائة التي يدعيها المدعي،

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ الكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) مَعْنَاهُ: لا يُجْبَرُ عَلَيْهَا عِنْدَهُ، وَقَالَا: يُجْبَرُ فِي حَدِّ القَذْفِ لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ العَبْدِ،

كأنه قال: إن كانت لك عليه مائة فأنا كفيل بتلك المائة.

أو نقول: لو جعل هذا التزامًا للمال المطلق لا يصح، ولو جعل التزامًا للمال المدعى به يصح فنجعل ذلك تصحيحًا لتصرفه، فإذا بين المدعي ذلك عند القاضي ينصرف بيانُه إلى ابتداء الدعوى والملازمة، فتظهر صحةُ الكفالة بالنفس والمال جميعًا، ويكون القول قوله في هذا البيان؛ لأنَّه يدعي صحة الكفالة كمن كفل لرجل في غيبته، فلمَّا حضر الغائب قال: إنك أقررتَ بالكفالة في حال غيبتي، وقال الكفيل: لا بل كان ذلك ابتداء كفالة في غيبتك ولم تصح تلك الكفالة، كان القولُ فيه قول الطالب؛ لأنَّه يدعي صحة الكفالة والكفيل يدعي الفساد، وهكذا أيضًا في «الذخيرة».

قوله: وَلَا تَجُوزُ الكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ، إلى أن قال: وَقَالَا: يُجْبَرُ فِي حَدِّ القَذْفِ، والمراد من الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص هو أن يتكفل رجل في حد القذف نفس القاذف، أو القاتل بأن يحضره في مجلس القضاء ليُثبت المدَّعِي عليه ما ادعاه، وأمَّا الكفالة بعين الحد والقصاص باطل بالاتفاق؛ لأنَّ الكفالة إنما تصح فيما تجري النيابة في إيفائه ليقوم الكفيل مقام الأصيل في الإيفاء، والعقوبات لا تجري النيابة في إيفائها.

قوله: وَقَالَا: يُجْبَرُ فِي حَدِّ القَذْفِ لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ العَبْدِ، ولهذا شرط فيه الدَّعوى والمدَّعي يحتاج إلى أن يجمع بين الشهود وبين المطلوب، والمطلوب رُبَّما يخفي نفسه فيحتاج إلى أن يأخذ منه كفيلًا، وألحق الإمام المحبوبي رحمه الله حد السرقة بحد القذف في الجبر بالكفالة على قولهما، وفي الجواز من غير جبر على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنَّه من الحدود التي يتعلق بها حق العباد.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: وليس تفسير الجبر هنا الحبس ولكن يأمره بالملازمة، وليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب؛ لأنَّه حبس، ولكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه أينما دار كيلا يتغيب، فإذا انتهى إلى باب داره وأراد الدخول يستأذنه الطالب

وَفِي الْقِصَاصِ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ الْعَبْدِ فَيَلِيقُ بِهِمَا الِاسْتِيثَاقُ كَمَا فِي التَّعْزِيرِ، بِخِلَافِ الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ لِلَّهِ تَعَالَى. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا كَفَالَةَ فِي حَدٍّ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ» وَلِأَنَّ مَبْنَى الْكُلِّ عَلَى الدَّرْءِ فَلَا يَجِبُ فِيهَا الِاسْتِيثَاقُ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْحُقُوقِ لِأَنَّهَا لَا تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ فَيَلِيقُ بِهَا الِاسْتِيثَاقُ

في الدخول، فإن أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن، وإن لم يأذن له في الدخول يحبسه في باب داره ويمنعه من الدخول.

قوله: وَفِي الْقِصَاصِ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ الْعَبْدِ، أي: لأنَّ المغلب فيه حق العبد على الخلوص، فإذا كان حق العبد مغلّبًا يجري الجبر في أخذ الكفيل كما يجري في سائر حقوق العباد، بخلاف الحدود الخالصة كحد الزنا، وشرب الخمر، حيث لا يجوز الكفالة بها وإن طابت نفس الكفيل به سواء أعطى الكفيل قبل إقامة البينة أو بعدها، أمَّا قبل إقامة البينة فلأن أحدًا لم يستحق عليه حضورَ مجلس الحاكم بسبب الدعوى؛ لأنَّه لا تسمع دعوى أحد في الزنا وشرب الخمر، فهذا لم يكفل بحق واجب على الأصيل، وبعد قيام البينة قبل التعديل يحبس وبالحبس يحصل الاستيثاق فلا معنى لأخذ الكفيل.

وأمَّا في حد القذف والسرقة فحضور المدعى عليه مجلس الحكم يستحق عليه بنفس الدعوى حتى يجبره القاضي على الحضور، ويحول بينه وبين أشغاله كما في سائر الحقوق، فإذا كفل عنه كفيل بالنفس جاز، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَلِأَنَّ مَبْنَى الْكُلِّ عَلَى الدَّرْءِ فَلَا يَجِبُ فِيهَا الِاسْتِيثَاقُ، أي: بالتكفيل.

فإن قيل: قد قلتم بحبسه بإقامة شاهد عدل، ومعنى الاحتياط في الحبس أكثر من أخذ الكفيل، قلنا: الحبس ليس للاحتياط ولكن لتهمة الدعارة والفساد فيحبس تعزيرًا له، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: فَلَا يَجِبُ فِيهَا الِاسْتِيثَاقُ، أي: بالتكفيل، وإذا لم يكفل عنده ماذا يصنع به؟ قال: يلازمه إلى وقت قيام القاضي عن المجلس، فإن أحضر البينة فبها وإلا خلا سبيله، هذا

كَمَا فِي التَّعْزِيرِ (وَلَوْ سَمَحَتْ نَفْسُهُ بِهِ يَصِحُّ بِالإِجْمَاعِ) لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَرْتِيبُ مُوجِبِهِ عَلَيْهِ لِأَنَّ تَسْلِيمَ النَّفْسِ فِيهَا وَاجِبٌ فَيُطَالَبُ بِهِ الكَفِيلُ فَيَتَحَقَّقُ الضَّمُّ.

قَالَ: (وَلا يُحْبَسُ فِيهَا حَتَّى يَشْهَدَ شَاهِدَانِ مَسْتُورَانِ أَوْ شَاهِدٌ عَدْلٌ يَعْرِفُهُ القَاضِي) لِأَنَّ الحَبْسَ لِلتُّهَمَةِ هَاهُنَا، وَالتُّهَمَةُ تَثْبُتُ بِأَحَدِ شَطْرَيِ الشَّهَادَةِ: إِمَّا العَدَدُ أَوِ العَدَالَةُ،

إذا لم يقم البينة، أمَّا إذا قام شاهدين مستورين، أو شاهدًا عدلًا لا يكفل عنده أيضًا، ولكن يحبسه للتهمة والحبس للتهمة مشروع، كما رُوي: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلم حبس رجلًا بالتهمة»، كذا في «الجامع الصَّغير» البرهاني.

قوله: كَمَا فِي التَّعْزِيرِ، أي: يجبر المطلق في إعطاء الكفيل في الشيء الذي يجب فيه التعزير.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في أدب القاضي: أن في دعوى الجراحة الخطاء، والقتل الخطاء، وشيء من الجراحات التي لا قصاص فيه، وكل شيء يجب فيه التعزير يجبر المطلوب على إعطاء الكفيل، فإن هذه الدعاوي ودعوى المال على السواء، فإن التعزير محض حق العبد يسقط بإسقاطه، ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة، ويحلف فيه فيجبر على إعطاء الكفيل فيه كالأموال.

قوله: وَلَوْ سَمَحَتْ نَفْسُهُ بِهِ، أي: ولو تبرَّع المدعى عليه بإعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص والحدود التي وقع الاختلاف في الجبر على إعطاء الكفيل وعدم الجبر يصح بالإجماع، وعن هذا يُعلم أن الضمير في: بِهِ، راجع إلى إعطاء الكفيل عليه، وإن لم يجر له ذكر ولكن دلَّ الكلام عليه، والضمير في: نَفْسُهُ، راجع إلى المدعى عليه وهو المطلوب.

قوله: وَلَا يُحْبَسُ فِيهَا، أي: في الحدود، وفي بعض النسخ: فيهما، أي: في حد القذف والقصاص.

قوله: أَوْ شَاهِدٌ عَدْلٌ يَعْرِفُهُ القَاضِي؛ - أي: يعرف كونه عدلًا، فإن كان مجهولًا لايحبسه؛ لأنَّه انعدم العدد والعدالة - لِأَنَّ الحَبْسَ لِلتُّهَمَةِ هَاهُنَا، والمتهم يحبس؛ لما روى بَهْزُ بن حكيم عن جدِّه: «أن رسول الله صلَّى الله عليه وسلم حبس رجلًا بالتهمة»، وهو

بِخِلَافِ الحَبْسِ فِي بَابِ الأَمْوَالِ لِأَنَّهُ أَقْصَى عُقُوبَةٍ فِيهِ فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ كَامِلَةٍ.

وَذَكَرَ فِي كِتَابِ أَدَبِ القَاضِي أَنَّ عَلَى قَوْلِهِمَا لَا يُحْبَسُ فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ بِشَهَادَةِ الوَاحِدِ لِحُصُولِ الِاسْتِيثَاقِ بِالكَفَالَةِ.

قَالَ: (وَالرَّهْنُ وَالكَفَالَةُ جَائِزَانِ فِي الخَرَاجِ) لِأَنَّهُ دَيْنٌ مُطَالَبٌ بِهِ مُمْكِنُ الِاسْتِيفَاءِ

بخلاف الأموال حيث لا يحبس بشهادة الواحد، فإن أقصى ما يعاقب في الأموال وهو حال ثبوت المال والامتناع من الايفاء هو الحبس، فإذا كان الحبس أقصى العقوبة في الأموال لا يجوز أن يعاقب قبل ثبوت المال، إنما يعاقب به بعد الثبوت، وفي الحدود والقصاص الحبس ليس بأقصى العقوبات، فإن أقصى العقوبات فيهما القتل، والضرب، والقطع، فجاز أن يعاقب قبل ثبوت القصاص بالحبس، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله في «الجامع الصَّغير».

التُّهَمَةُ: بالتحريك، وأصل التاء فيه واو، من وهمتُ الشيء أهمُّه وهمًا، من باب ضرب، أي: وقع في خَلَدي، والوهم ما يقع في القلب من الخاطر، واتهمت فلانـًا بكذا، والاسم التهمة بالتحريك، كالتخمة أصله أوتهمت، كما في اتكلت على فلان أصله أوتكلتُ بمعنى اعتمدت، قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ثم أبدلت منها فأدغمت في تاء الافتعال، ثم تثبت على هذا الاسم أسماء من المثال وإن لم يكن فيها تلك العلة توهمـًا أن التاء أصلية، فمن تلك الأسماء التكلان، والتخمة، والتهمة، كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

قوله: وَالرَّهْنُ وَالكَفَالَةُ جَائِزَانِ فِي الخَرَاجِ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ مُطَالَبٌ بِهِ، ألا ترى أنه يحبس به، ويلازم لأجله، ويمنع وجوب الزكاة، فتجوز الكفالة والرهن اعتبارًا بسائر الديون، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لِأَنَّهُ دَيْنٌ مُطَالَبٌ بِهِ، فإن قلتَ: يشكل على هذا دين الزكاة فإن دين الزكاة له مطالب من جهة العباد، أمَّا في الأموال الظاهرة فالإمام، وأمَّا في الأموال الباطنة فملاكها فإنَّهم نوابٌ عن الإمام في أخذ الزكاة وأدائها إلى الفقراء على ما مرَّ في كتاب الزكاة، ومع ذلك لا تجوز الكفالة بدين الزكاة.

فَيُمْكِنُ تَرْتِيبُ مُوجِبِ العَقْدِ عَلَيْهِ فِيهِمَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ كَفِيلًا بِنَفْسِهِ ثُمَّ ذَهَبَ فَأَخَذَ مِنْهُ كَفِيلًا آخَرَ فَهُمَا كَفِيلَانِ)

قلتُ: قال الإمام التمرتاشي رحمه الله: ولو كفل بالزكاة بعد وجوبها في الأموال الظاهرة والباطنة لا يصح؛ لأنَّ الزكاة ليست بدين بل هي عبارة عن تمليك المال، ولهذا لا يؤخذ من تركته بعد موته فلا تصح الكفالة، فعلى هذا كان قوله في الكتاب: لِأَنَّهُ دَيْنٌ مُطَالَبٌ بِهِ، أي: يطالب به في الحياة والممات احترازًا عن دين الزكاة، وقوله: مُمْكِنُ الِاسْتِيفَاءِ، احترازًا عن الحدود والقصاص.

ثم قوله: دَيْنٌ مُطَالَبٌ بِهِ، راجع إلى الكفالة، وقوله: مُمْكِنُ الِاسْتِيفَاءِ، راجع إلى الرهن، أي: مطالب به فتصح الكفالة؛ لأنَّ الكفالة تقتضي دينـًا يطالب به ويمكن الاستيفاء فيصح الرهن؛ لأن الرهن توثيق لجانب الاستيفاء، فكان هذا من باب اللف والنشر، هكذا كان مكتوبًا بخط شيخي رحمه الله، وإلى هذا أشار في «الجامع الصَّغير» للإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله فقال:

المقصود بالكفالة التوثق، وللإمام أن يتوثق فيما توجَّه له المطالبة به من الخراج نظرًا منه للمسلمين، والكفيل إنما يلتزم المطالبة بما هو مستحق على الأصيل، والخراج مستحق على من عليه وهو مطالب به، وأمَّا الرهن فهو توثق بجانب الاستيفاء، والخراج مال واجب الاستيفاء يطالب به من عليه، ويجبر عليه في الحكم فيجوز أخذ الرهن به، يوضحه: أن الرهن يختص بحق يمكن استيفاؤه من مالية الرهن والخراج بهذه الصفة.

ثم قال: وإنَّما أورد هذا لأن الخراج في حكم الصلات دون الديون المطلقة، ووجوبه لحق الشرع كالزكوات فكان ينبغي أن لا تصح الكفالة والرهن، ولكن في حكم المطالبة بالإيفاء والحبس فيه فهو بمنزلة الديون فلهذا جوز الكفالة والرهن منه.

قوله: وَمَنْ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ كَفِيلًا بِنَفْسِهِ ثُمَّ ذَهَبَ فَأَخَذَ مِنْهُ كَفِيلًا آخَرَ، أي: ذهب رب الدين وأخذ من ذلك الرجل الذي أخذ منه الكفيل أولًا وهو المديون كفيلًا آخر يصح، ولا تبطل الكفالة الأولى خلافًا لابن أبي ليلى.

لِأَنَّ مُوجِبَهُ الْتِزَامُ الْمُطَالَبَةِ وَهِيَ مُتَعَدِّدَةٌ وَالْمَقْصُودُ التَّوَثُّقُ، وَبِالثَّانِيَةِ يَزْدَادُ التَّوَثُّقُ فَلَا يَتَنَافَيَانِ (وَأَمَّا الْكَفَالَةُ بِالْمَالِ فَجَائِزَةٌ مَعْلُومًا كَانَ الْمَكْفُولُ بِهِ أَوْ مَجْهُولًا إِذَا كَانَ دَيْنًا صَحِيحًا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ تَكَفَّلْتُ عَنْهُ بِأَلْفٍ، أَوْ بِمَا لَكَ عَلَيْهِ،

قوله: لِأَنَّ مُوجِبَهُ - أي: موجب عقد الكفالة - **الْتِزَامُ الْمُطَالَبَةِ**، عندنا وإنه يحتمل التعدُّد.

اعلم أن موجب الكفالة عندنا صيرورة ذمة الكفيل مضمومة إلى ذمة الأصيل في حق المطالبة دون أصل الدين، ولهذا قلنا: أن إبراء الكفيل لا يريد بالردِّ؛ لأن ذلك الإبراء لا يتضمن معنى التمليك؛ لما أن الملتزم بالكفيل المطالبة دون الدين، ولهذا قلنا: أن الأصيل إذا رد الإبراء يرتد في حق الأصيل دون الكفيل؛ لأن إبراء الأصيل يتضمن معنى التمليك دون إبراء الكفيل، وقال ابن أبي ليلى: يبرأ الكفيل الأول؛ لأنَّ التسليم لمَّا وجب على الثانِي فلو بقي واجبًا على الأول كان واجبًا في موضعين، وهذا بناء على أصله أن الكفيل إذا كفَّل بالدين برئ المطلوب، فكذلك هاهنا إذا كفل الثانِي برئ الأول.

وإنا نقول: إن الكفالة ضم إحدى الذمتين إلى الأخرى، ولو برأ المكفول عنه لم يصح معنى الضم، والعقود تختلف أسماؤها لاختلاف معانيها، ولو اقتضت الكفالة البراءة صارت حوالة واتفق معنى العقدين، وهذا يمنع من اختلاف اسمهما، ولمَّا كانت الكفالة لإلزام المطالبة لم يلزم من وجود الثانِي انتفاء الأول؛ لأنَّه قابل للتعدد، ألا ترى أنَّهما لو كفلا جميعًا بنفسه معًا جاز، فكذا إذا كفلا على التعاقب، ثم لو سلم أحد الكفيلين بنفس الأصيل إلى الطالب برئ هو دون صاحبه، وليس هذا كالدين لو كفل به رجل ثم كفل به آخر فقضاه أحدهما يبرئان.

وفي «التفاريق»: والكفلاء الثلاثة في العقد الواحد أيهم سلم الأصيل كان كتسليمهم.

وفي «الشافي»: ثلاثة كفلوا بألف طالبَ كل واحد بثلث الألف، وإن كفلوا على التعاقب يطالب كل واحد بالألف، كذا ذكره الإمام شمس الأئمة السرخسي، والمرغينانِي، والتمرتاشي رحمهم الله.

قوله: إِذَا كَانَ دَيْنًا صَحِيحًا، ذكر بعد هذا في الكتاب فقال: **وَمُرَادُهُ أَنْ لَا يَكُونَ بَدَلَ**

أَوْ بِمَا يُدْرِكُكَ فِي هَذَا البَيْعِ) لِأَنَّ مَبْنَى الكَفَالَةِ عَلَى التَّوَسُّعِ فَيَتَحَمَّلُ فِيهَا الجَهَالَةَ، وَعَلَى الكَفَالَةِ بِالدَّرَكِ إِجْمَاعٌ وَكَفَى بِهِ حُجَّةً، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَفَلَ لِشَجَّةٍ صَحَّتِ الكَفَالَةُ وَإِنْ احْتُمِلَتِ السِّرَايَةُ وَالِاقْتِصَارُ، وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ دَيْنًا صَحِيحًا وَمُرَادُهُ أَنْ لَا يَكُونَ بَدَلَ الكِتَابَةِ، وَسَيَأْتِيكَ فِي مَوْضِعِهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَالمَكْفُولُ لَهُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ طَالَبَ الَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ وَإِنْ شَاءَ طَالَبَ كَفِيلَهُ)؛ لِأَنَّ الكَفَالَةَ ضَمُّ الذِّمَّةِ إِلَى الذِّمَّةِ فِي المُطَالَبَةِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي قِيَامَ الأَوَّلِ

الكِتَابَةِ، ويحتمل أيضًا أن يحترز بذلك عن دين الزكاة؛ فإن ذلك دين أيضًا حتى ظهر أثره في منع وجوب الزكاة، وفي حق مطالبة الإمام به في زكاة الأموال الظاهرة، ولكن ليس بدين صحيح من كل وجه حتى لا يؤخذ ذلك من تركته بعد موته، بخلاف سائر الديون وقد ذكرناه قبل هذا.

قوله: أَوْ بِمَا يُدْرِكُكَ فِي هَذَا البَيْعِ، أي: من الضمان.

قوله: فَيَتَحَمَّلُ فِيهَا الجَهَالَةَ، أي: اليسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفًا.

الدَّرَكُ: التبعة يُسكن ويُحرك، كذا في «الصحاح».

قوله: كَمَا إِذَا كَفَلَ لِشَجَّةٍ، أي: خطأ؛ لأنَّها إذا كانت عمدًا فعلى تقدير السراية يجب القصاص أي شجة كانت إذا شجها بآلة جارحة، ولا تصح الكفالة عند القاضي وقد ذكرناه.

قوله: وَمُرَادُهُ أَنْ لَا يَكُونَ بَدَلَ الكِتَابَةِ؛ لأنَّ بدل الكتابة ليس بدين صحيح؛ لأنَّ المكاتب يتمكن من أن يسقط عن نفسه بأن يعجز نفسه.

وذكر في «التحفة»: لأنَّ المولى لا يجب له على عبده شيء فلم يكن الدين صحيحًا؛ لأنَّ وجوبه بخلاف القياس.

قوله: إِنْ شَاءَ طَالَبَ الَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ، أي: الدين وسمَّاه أصلًا؛ لأنَّ المطالبة مبنيَّة على الدين؛ إذ لا يتصور مطالبة الدين بدون الدين فكانت المطالبة فرعًا والدين أصلًا،

لا البَرَاءَةَ عَنْهُ، إِلَّا إِذَا شَرَطَ فِيهِ البَرَاءَةَ فَحِينَئِذٍ تَنْعَقِدُ حَوَالَةً اعْتِبَارًا لِلْمَعْنَى، كَمَا أَنَّ الحَوَالَةَ بِشَرْطِ أَنْ لا يَبْرَأَ بِهَا المُحِيلُ تَكُونُ كَفَالَةً (وَلَوْ طَالَبَ أَحَدَهُمَا لَهُ أَنْ يُطَالِبَ الآخَرَ وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَهُمَا)؛ لِأَنَّ مُقْتَضَاهُ الضَّمُّ، بِخِلَافِ المَالِكِ إِذَا اخْتَارَ تَضْمِينَ أَحَدِ الغَاصِبَيْنِ؛ لِأَنَّ اخْتِيَارَهُ أَحَدَهُمَا يَتَضَمَّنُ التَّمْلِيكَ مِنْهُ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّمْلِيكُ مِنَ الثَّانِي، أَمَّا المُطَالَبَةُ بِالكَفَالَةِ لا تَتَضَمَّنُ التَّمْلِيكَ فَوَضَحَ الفَرْقُ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ تَعْلِيقُ الكَفَالَةِ بِالشُّرُوطِ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ مَا بَايَعْتُ فُلَانًا فَعَلَيَّ،

ومطالبة الكفيل إنما صحت باعتبار التزامه بعقد الكفالة لا باعتبار أصل الدين وقد ذكرناه.

قوله: أَحَدِ الغَاصِبَيْنِ، أي: الغاصب وغاصب الغاصب.

قوله: يَتَضَمَّنُ التَّمْلِيكَ مِنْهُ، أي: من الذي اختار تضمينه، يعني: إذا قضى القاضي بذلك، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

قوله: أَمَّا المُطَالَبَةُ بِالكَفَالَةِ لا تَتَضَمَّنُ التَّمْلِيكَ، أي: ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء، كذا في «المبسوط».

قوله: مِثْلُ أَنْ يَقُولَ مَا بَايَعْتُ فُلَانًا فَعَلَيَّ، وإنما قيّد **بقوله: فُلَانًا**، ليصير المكفول عنه معلومًا؛ لأنَّ جهالته تمنع صحة الكفالة حتى لو قال: ما بايعتُ من الناس فأنا لذلك ضامن لا يجوز؛ لأنَّ المكفول عنه مجهول وكذا المكفول به فتفاحشت الجهالة، بخلاف الأول؛ لأنَّ المكفول له والمكفول عنه معلومان فبقيت الجهالة في المكفول به فيجعل تلك الجهالة عفوًا لقلَّته، كذا في «شرح الكافي»، وكذلك ذكر في «الإيضاح».

ولو قال: من قتلك من الناس، أو غصبك من الناس، أو من بايعت من الناس فأنا لذلك ضامن فهو باطل؛ لأنَّه إذا كان المضمون له مجهولًا كثرت الجهالة، وكثرة الجهالة لا تتحمل وإنما يتحمل منها القليل.

ولأن فيه معنى التمليك، وإذا كان المضمون له مجهولًا لم يصح التمليك.

أَوْ مَا ذَابَ لَكَ عَلَيْهِ فَعَلَيَّ أَوْ مَا غَصَبَك فَعَلَيَّ. وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، وَالإِجْمَاعُ مُنْعَقِدٌ عَلَى صِحَّةِ

قوله: أَوْ مَا ذَابَ لَكَ عَلَيْهِ، أي: وجبَ وثبت، وذكر في «المغرب»: ذاب لي عليه حق، أي: وجبَ، مستعار من ذوب الشحم.

قوله: وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾، فوجه التمسك به أنه علق الكفالة بالشرط وهو المجيء بالصاع، وشريعة من قبلنا تلزمنا قبل النسخ.

وقال في «المبسوط» في وجه التمسك بهذه الآية: فهذا المنادي أضاف الالتزام بالكفالة إلى سبب وجوب المال وهو المجيء بصاع الملك، وإنما نادَى بأمر يوسف عليه السلام، وما أخبر الله تعالى عن شريعة من قبلنا فهو ثابت في شريعتنا حتى يقوم دليل النسخ.

فإن قلتَ: هذه الآية محمولة على بيان العُمالة لمن يأتِي به، لا لبيان الكفالة لمن يأتِي به، والدليل على صحَّة هذا الحمل هو أن المكفول له مجهول في هذه الآية، وجهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة على ما ذكرتُ من رواية «شرح الكافي»، و«الإيضاح»، وكذلك في «المبسوط» أيضًا، وبيان العُمالة على هذا الوجه صحيح عند الشافعي رحمه الله بأن قال: من أبق عبده من جاء به منكم فله عُشره كان صحيحًا، ذكره في «المبسوط»، فلمَّا كان كذلك لم يستقم الاستدلال على صحة الكفالة عند التعليق بالشرط بهذه الآية.

قلتُ: نعم كذلك والشبهة واردة، وكنتُ في طلب إزالة هذه الشبهة من الجواب زمانًا حتى وجدتُ هذه الشبهة وجوابها في «الأسرار»، فقال رحمه الله بعدما ذكر الشبهة: قلنا: فيه أمران: إثبات جواز الكفالة مع جهالة المكفول له، وجوازها مضافة إلى سبب الوجوب، فانتساخ الجواز مع الجهالة لا يدل على الانتساخ مع الأخرى، وهذا كما احتججتم بكفالة أبي قتادة في قصَّة الميت الذي عليه درهمان حيث قال: هما عليَّ، فقلتم فيها دلالة جواز الكفالة عن الميت المفلس، وإن كانت كفالةَ المجهول وقلتم فيها أن الكفالة عن المفلس تجوز للمجهول، ولا تجوز للمجهول وللغائب، والبطلان مع الجهالة والغيبة لم يدل على البطلان مع الإفلاس، ومثاله كثير فكذلك هاهنا.

ضَمَانِ الدَّرَكِ، ثُمَّ الأَصْلُ أَنَّهُ يَصِحُّ تَعْلِيقُهَا بِشَرْطٍ مُلَائِمٍ لَهَا مِثْلُ أَنْ يَكُونَ شَرْطًا

فإن قلتَ: ما الفرق بين جهالة المكفول له وبين جهالة المكفول عنه، فجهالة المكفول عنه إنما لا يصح في الكفالة المضافة دون الحالة، فإن جهالته فيها لا تمنع صحة الكفالة، بخلاف جهالة المكفول له حيث تمنع صحتها في الصورتين، حتى إذا قال الرجل لرجلين: كفلت لهذا بمالُه على فلان وهو ألف درهم، أو لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له، ولو قال لرجل: كفلتُ لك بمالك على فلان، أو بمالك على فلان الآخر جاز، ويكون للكفيل الخيار وإن كان المكفول عنه مجهولًا.

قلتُ: إن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا يصح من غير قبوله كما لا يصح البيع من غير قبول المشتري، وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبوله أصلًا، فإذا كان بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها، كما أن جهالة المشتري مانعة من البيع، بخلاف جانب المطلوب فإن جهالته لا تمنع كما أن جهالة العتق لا تمنع جواز العتق، هذا في الكفالة المرسلة، فأمَّا في الكفالة المضافة فجهالة المكفول عنه أيضًا مانعة، حتى أن من قال لغيره: كفلتُ لك بما بايعتُ أحدًا من الناس كانت الكفالة باطلة، والوجه في ذلك أن في الكفالة المضافة ما امتنع جوازها لجهالة المكفول عنه بل لأجل الإضافة، فإن إضافة الكفالة إلى وقت في المستقبل هما يأباها القياسُ؛ لأنها تمليك في حق الطالب، وإنما جوّزت استحسانـًا لمكان التعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه معلومًا، فإذا كان مجهولاً يبقى على أصل القياس، كذا في «الذخيرة».

وحصل من هذا أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة أصلًا، بخلاف جهالة المكفول له فإنَّها بمقابلتها حيث تمنع صحتها أصلًا، وأمَّا جهالة المكفول عنه فعلى التفصيل على ما ذكرنا.

قوله: ثُمَّ الأَصْلُ أَنَّهُ يَصِحُّ تَعْلِيقُهَا بِشَرْطٍ مُلَائِمٍ، إلى آخره، ومن صور الشروط التي تصح في الكفالة ما رُوي عن محمد رحمه الله: ضمنتُ لك مالك على فلان إن توى فهو جائز، وكذلك إذا قال: إن ماتَ ولم يدع شيئـًا فهو ضامن، وكذا لو قال له: إن حل مالُك على فلان

لِوُجُوبِ الحَقِّ كَقَوْلِهِ إذَا اسْتَحَقَّ المَبِيعَ، أَوْ لإِمْكَانِ الاسْتِيفَاءِ مِثْلُ قَوْلِهِ: إذَا قَدِمَ زَيْدٌ وَهُوَ مَكْفُولٌ عَنْهُ، أَوْ لِتَعَذُّرِ الاسْتِيفَاءِ مِثْلُ قَوْلِهِ: إذَا غَابَ عَنِ البَلْدَةِ، وَمَا ذَكَرَ مِنَ الشُّرُوطِ فِي مَعْنَى مَا ذَكَرْنَاهُ، فَأَمَّا لا يَصِحُّ التَّعْلِيقُ بِمُجَرَّدِ الشَّرْطِ كَقَوْلِهِ: إنْ هَبَّتِ الرِّيحُ أَوْ جَاءَ المَطَرُ وَكَذَا إذَا جَعَلَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا أَجَلًا، إلَّا أَنَّهُ تَصِحُّ الكَفَالَةُ وَيَجِبُ المَالُ حَالًا لِأَنَّ الكَفَالَةَ لَمَّا صَحَّ تَعْلِيقُهَا بِالشَّرْطِ لا تَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ

ولم يُوافك به فهو عليَّ، أو إن حل مالُك على فلان فهو عليَّ، أو إن مات قبل أن يوافيك فهو عليَّ، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

وقوله: إذَا قَدِمَ زَيْدٌ وَهُوَ مَكْفُولٌ عَنْهُ، إنما قيَّد بقوله: وَهُوَ مَكْفُولٌ عَنْهُ؛ لأنَّه إذا علق الكفالة بقدوم أجنبي ليس بمكفول عنه لا يصح، فكان هو بمنزلة تعليق الكفالة بهبوب الريح أو دخول الدار؛ لأنَّ قدوم الأجنبي ليس بميسر لتسليم ما التزمه فيكون تعليقًا للكفالة بالشرط المحض، وذلك باطل كما لو علقه بدخول الدار، كذا في «المبسوط».

قوله: وَمَا ذَكَرَ مِنَ الشُّرُوطِ فِي مَعْنَى مَا ذَكَرْنَاهُ، أي: ما ذكر من الشروط في أصل المسألة من قوله: مَا بَايَعْتُ فُلَانًا فَعَلَيَّ أَوْ مَا ذَابَ لَكَ عَلَيْهِ فَعَلَيَّ أَوْ مَا غَصَبَك فَعَلَيَّ، في معنى الأصل الذي ذكرناه من قولنا: أن كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليق الكفالة به؛ لأنَّ قوله: مَا ذَابَ لَكَ عَلَيْهِ فَعَلَيَّ، في معنى استحقاق المبيع من كل وجه من حيث أن كل واحد منهما شرط لوجوب الحق.

قوله: وَكَذَا إذَا جَعَلَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا أَجَلًا، وقوله: مِنْهُمَا، أي: من هبوب الريح ومجيء المطر، أي: كما أن تعليق ابتداء وجوب الكفالة بأحد هذين الشرطين لا يصح، فكذلك تأجيل الكفالة إلى أحد هذين الوقتين لا يصح.

قوله: إلَّا أَنَّهُ تَصِحُّ الكَفَالَةُ وَيَجِبُ المَالُ حَالًا؛ لِأَنَّ الكَفَالَةَ لَمَّا صَحَّ تَعْلِيقُهَا بِالشَّرْطِ لا تَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، اعلم أن في هذا اللفظ اشتباهًا؛ لأنَّه لو أراد بقوله: لَمَّا صَحَّ تَعْلِيقُهَا

كَالطَّلَاقِ وَالعَتَاقِ. (فَإِنْ قَالَ تَكَفَّلْتُ بِمَا لَكَ عَلَيْهِ فَقَامَتِ البَيِّنَةُ بِأَلْفٍ عَلَيْهِ ضَمِنَهُ الكَفِيلُ) لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً فَيَتَحَقَّقُ مَا عَلَيْهِ فَيَصِحُّ الضَّمَانُ بِهِ.

بِالشَّرْطِ لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، ابتداءَ تعليق الكفالة بالشرط مثل أن يقول: إذا هبت الريح فأنا كفيل، فإنه غير صحيح فإن هناك لا يصير كفيلًا أصلًا، ذكره في أوائل كتاب الكفالة من «فتاوى قاضي خان» حيث قال:

ولو علق الكفالة بما هو شرط محض نحو أن يقول: إذا هبت الريح، أو إذا جاء المطر، أو إذا قدم فلان الأجنبي البلدَ فأنا كفيل بنفس فلان لا يصير كفيلًا، وكذا لو علق الكفالة بالمال بهذه الشرائط.

وكذا أيضًا ذكر في «المبسوط» في وجه محمد رحمه الله في مسألة ما إذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدًا فهو كفيل بنفس فلان لرجل آخر، قال محمد رحمه الله: الكفالة بنفس الأول صحيحة وبنفس الثاني باطلة، فقال: لأَنَّه علق الكفالة بالشرط الذي لا يدري أيوجد أم لا؟ وتعليق الكفالة بالشرط لا يجوز كما لو قال: إن دخلتُ الدار فأنا كفيل لك بنفس فلان، وقال في الكتاب: إلا أنه تصح الكفالة.

وإن أريد بهذا اللفظ تأجيل الكفالة إلى هذه الشروط الفاسدة بأن يقول: كفلتُ بنفس فلان، أو بمال فلان إلى أن تهب الريح، فالحكم الذي ذكره صحيح حيث تصح الكفالة ويبطل الشروط إلا أنه ليس بتعليق؛ لأَنَّه تأجيل والتأجيل غير التعليق.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله بعدما ذكر ما ذكرته فقال: ولو قال كفلتُ بنفس فلان إلى أن تمطر السماء وهبت الريح يصير كفيلًا في الحال ويبطل الأجل، وكذلك الكفالة بالمال، وكل جهالة تتحملها الكفالة بالمال تتحملها الكفالة بالنفس، وما لا فلا، فعُلم بهذا أنَّ حكم تأجيل الكفالة إلى هذه الشروط مخالف لحكم تعليق الكفالة بهذه الشروط الفاسدة، فبعد هذا نقول: فالوجه الصحيح فيما ذكره في الكتاب أنه ذكر التعليقَ وأراد به التأجيل، وقلَّدَ في هذا الاستعمال لفظَ «المبسوط» فإنه ذكر هُناك هذا؛ حيث ذكر التعليق وأراد به التأجيل بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال.

(وَإِنْ لَمْ تَقُمِ البَيِّنَةُ فَالقَوْلُ قَوْلُ الكَفِيلِ مَعَ يَمِينِهِ فِي مِقْدَارِ مَا يَعْتَرِفُ بِهِ) لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ لِلزِّيَادَةِ (فَإِنِ اعْتَرَفَ المَكْفُولُ عَنْهُ بِأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ لَمْ يُصَدَّقْ عَلَى كَفِيلِهِ) لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَى الغَيْرِ وَلَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ،

وقال في «المبسوط»: وكذلك لو قال في الكفالة: إلى العطاء، أو إلى صوم النصارى، فهذا تأجيل، أي: تصح الكفالة به، وكذلك لو قال: إلى أن يقدم المكفول به من سفره، لأن قدوم المكفول به من سفره متيسر لتسليم نفسه إلى خصمه، والتأجيل إلى أن تيسر التسليم صحيح، بخلاف ما لو قال: إلى قدوم فلان غير المكفول به؛ لأنَّ ذلك غير مُتيسر لتسليم ما التزمه فيكون تعليقاً للكفالة بالشرط المحض، وذلك باطل كما لو علقه بدخول الدار، وكلام زيد؛ وهذا لأنَّه إنما يحتمل التعليق ما يجوز أن يحلف به كالطلاق والعتاق.

ثم قال: ونعني بقولنا: باطل، أن الشرط باطل، فأمَّا الكفالة فصحيحة؛ لأنَّ الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح ونحوه، وعلى هذا لو كفل به إلى أن تمطر السماء، أو إلى أن تمسّ السماء، فالكفالة جائزة والأجل باطل، وهذه الصور التي ذكرها في «المبسوط» ذكرها بكلمة (إلى)، لا بكلمة حرف الشرط كما ترى، ثم مع ذلك سمَّاه تعليقًا مع أنه ذكر بطلان الكفالة فيما إذا علقها بالشروط الفاسدة، نحو دخول الدار وغيره في تعليل محمد رحمه الله، والاحتجاجُ إنما يكون بالحكم المجمع عليه فعُلِم بهذا أنه أراد بالتعليق التأجيلَ.

قوله: فِي مِقْدَارِ مَا يَعْتَرِفُ بِهِ، أي: يعترف الكفيل.

قوله: وَلَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ، أي: ولا ولاية للمكفول عنه على الكفيل فلا يصدق في حق الكفيل.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا قال رجل لرجل: ما ذاب لك على فلان فهو عليَّ، ورضي بذلك الطالب فقال المطلوب: لك عليَّ ألف درهم، وقال الطالب: لي عليك ألفان، وقال الكفيل: ما لك عليه شيء، فالقول قول المطلوب، وقد لزم هناك على الكفيل ما أقرَّ به المكفول عنه مع أنه لا ولاية له عليه أيضًا، ومع أن قوله أيضاً ليس بحجة على الكفيل.

قلتُ: قد أجاب الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله عن هذه الشبهة في باب

(وَيُصَدَّقُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ) لِوِلَايَتِهِ عَلَيْهَا.

قَالَ: (وَتَجُوزُ الكَفَالَةُ بِأَمْرِ المَكْفُولِ عَنْهُ وَبِغَيْرِ أَمْرِهِ) لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا وَلِأَنَّهُ التِزَامُ المُطَالَبَةِ وَهُوَ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَفِيهِ نَفْعٌ لِلطَّالِبِ وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى المَطْلُوبِ بِثُبُوتِ الرُّجُوعِ إِذْ هُوَ عِنْدَ أَمْرِهِ،

الكفالة عن الصبيان والمماليك، من كتاب كفالة «المبسوط» فقال: ليس هذا بإلزام على الكفيل بقول المطلوب، بل هو إيجاب المال على الكفيل بكفالته؛ لأنَّه لمَّا قيَّد الكفالة بالذوب مع علمه أن الذوب قد يحصل بإقراره قد صار ملتزمًا ذلك بكفالته، وهذا الذي ذكره هناك جوابُ الاستحسان.

وأمَّا في جواب القياس فلا يجب على الكفيل شيء إذا أنكر الوجوب على المطلوب ما لم يقم البينة بذلك كما في هذه المسألة؛ لما أن الإقرار حجة في حق المقر خاصة، فكان جواب هذه المسألة على وفق جواب القياس؛ ولأن الكفيل في هذه المسألة لمَّا قال: تكفلتُ بمالك عليه ثم اعترف بمال كان حق كفالته مقضيًّا بذلك، فلا يُسمع عليه ما هو الزائد على ما اعترف؛ لأنَّه حينئذٍ يلزم أن يكون إقرار إنسان حجة على غيره وذلك لا يجوز.

وأمَّا في مسألة «المبسوط» فقد تكفل بما يستحب في المستقبل؛ لما أن الذوب يستعمل فيه، وبإقرار المكفول عنه في المستقبل يتحقق موجب ما يكفل به الكفيل فيجبُ عليه موجب ما أقرَّ المكفول عنه بسبب كفالته به على ما ذكر في «المبسوط»، فلذلك افترقا.

قوله: وَيُصَدَّقُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ، أي: المكفول عنه يصدق في حق نفسه، فكان هذا كالمريض إذا أقرَّ في مرض الموت يصح إقراره في حق نفسه، ولا يصح في حق غرمائه الذين كانوا في حالة الصحة حيث يقدمون على المقر له في حالة المرض.

قوله: لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلم: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»، فهو بإطلاقه يتناول الكفالة بالأمر وبغير الأمر.

قوله: إِذْ هُوَ، أي: الرجوع.

وَقَدْ رَضِيَ بِهِ (فَإِنْ كَفَلَ بِأَمْرِهِ رَجَعَ بِمَا أَدَّى عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ بِأَمْرِهِ.

قوله: وَقَدْ رَضِيَ بِهِ، أي: وقد رضي بالرجوع فيكون راضيًا بضرر الرجوع، وهذا لدفع سؤال مقدر بأن يقال: ينبغي أن لا يرجع على المكفول عنه بما أدَّى وإن كان بالأمر؛ لأنَّ المكفول عنه يتضرَّر به فقال: ذاك ضرر مرضى به حيث أمره بالكفالة عنه.

قوله: فَإِنْ كَفَلَ بِأَمْرِهِ رَجَعَ بِمَا أَدَّى عَلَيْهِ، أي: فإن كفل الكفيل بأمر المكفول عنه بقبول الكفالة رجع الكفيل بما أدَّى على المكفول عنه وهو الأمر.

اعلم أن هذا الذي ذكره وهو رجوع الكفيل على المكفول عنه إذا كان بأمره ليس بمطلق، بل هو مقيد بما إذا كان الآمر وهو المكفول منه ممَّن يجوز إقراره على نفسه بالديون ويملك التبرعَ، حتى أن المكفول عنه إذا كان صبيًّا محجورًا وأمر رجلًا بأن يكفل عنه فكفل فالكفالة صحيحة، ولكن إذا أدَّى ما أمره به فإنه لا يرجع على الصبي الذي أمره به أصلًا، وكذلك الحكم في العبد المحجور؛ فإنه إذا أمر رجلًا بالكفالة عنه بأداء المال فأدَّى عنه لا يرجع عليه إلا بعد العتق؛ لأنَّ الكفالة في حق المكفول عنه استقراض، فالكفيل بالأداء يكون مقرضًا للمكفول عنه، وفي حق المكفول له تمليك ما على ذمة المكفول عنه من الكفيل بما أخذ منه ويرجع عليه بما أقرضه، ثم استقراض الصبي لا يتعلق به الضمان وكذلك العبد، كذا في «التحفة».

وذكر في «أحكام الصغار» للإمام الأستروشني رحمه الله: وإذا كفل عنه – أي: عن الصبي – المأذون بمال بأمره وأدَّى كان له أن يرجع بذلك عليه؛ لأنَّ أمر الصبي المأذون له بالكفالة بنفسه وبما عليه معتبر شرعـًا وإن كانت كفالته لا تجوز عن الغير؛ لأنَّ كفالته عن الغير تبرع منه على الغير من وجه وهو ليس من أهل التبرع، أما الإذن بالكفالة عنه فطلب التبرع عليه وهو من أهل التبرع عليه.

ثم ذكر هذه المسألة التي ذكرها في «التحفة».

قوله: رَجَعَ بِمَا أَدَّى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ بِأَمْرِهِ، فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا قال لآخر: أدِّ عنِّي زكاة مالي، أو أطعم عنِّي عشرة مساكين، فأدى عنه فإنه لا يرجع

(وَإِنْ كَفَلَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَمْ يَرْجِعْ بِمَا يُؤَدِّيهِ) لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِأَدَائِهِ،

على الآمر ما لم يشترط الضمان، أو لم يقل: على أنّي ضامن، حيث لا يكتفى بمجرَّد الأمر نفسه، وهاهنا يكتفى به ويرجع المأمورُ على الآمر بما قضى، شرطَ له عليه في ذلك ضمانًا أو لم يشترط؟

قلتُ: الفرق فيه هو أن الأمر طلبُ التمليك من المأمور في الفصول كلها لما أمره بأن يقضى عنه ويؤدى عنه، وأن يكون قاضيًا عنه إلا بعد أن يصير المقضي به ملكـًا للآمر، إلا أن الملك للآمر إنما يثبت في ضمن ملك القابض فينظر إلى ملك القابض، فمتى ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت للآمر مثل ذلك، وفي قضاء الدين إنما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل؛ لأنَّ يملكه بالمثل حتى إذا ظهر أن لا دين عليه يسترد منه المقبوض، فيثبت للآمر ملك مضمون بالمثل وليس ذلك إلا القرض، وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل، حتى إذا ظهر أن لا زكاة عليه لا يستردّ من الفقير ما قبض فيثبت للقابض مثل ذلك، فإذا ثبت الملك للآمر في الموضعين جميعًا مثل ما ثبت للقابض، كذا في «الذخيرة»، و«مبسوط شيخ الإسلام».

قوله: وَإِنْ كَفَلَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَمْ يَرْجِعْ - عليه - بِمَا يُؤَدِّيهِ، وهذا عندنا، وقال مالك رحمه الله: الكفيل بالمال إذا أدَّى يرجع على الأصيل سواء أمره بالكفالة عنه أو لم يأمر؛ لأنَّ الطالب بالاستيفاء منه يصير كالمملك لذلك المال من الكفيل، أو كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الأصيل، ولكنا نقول: تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، وإذا كفل بأمره فبنفس الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الأصيل، ولكنه يؤخره إلى أدائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير أمره.

والثانِي: أن عند الكفالة بالأمر يُجعل أصل المال كالثابت في ذمة الكفيل عند أداء المال ليتملكه بالأداء، وذلك لا يصح عند وجود الرضاء من الطالب والمطلوب به، وإذا كانت الكفالة بغير أمره لا يمكن إثبات أصل المال في ذمَّته حتى يملكه بالأداء لانعدام الرضاء من المطلوب بذلك فلذلك لا يرجع عليه، كذا في «المبسوط» في باب الكفالة بالنفس، فإن لم يواف به فعليه المال.

وَقَوْلُهُ رَجَعَ بِمَا أَدَّى مَعْنَاهُ إِذَا أَدَّى مَا ضَمِنَهُ، أَمَّا إِذَا أَدَّى خِلَافَهُ رَجَعَ بِمَا ضَمِنَ لِأَنَّهُ مَلَكَ الدَّيْنَ بِالأَدَاءِ فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الطَّالِبِ، كَمَا إِذَا مَلَكَهُ بِالهِبَةِ،

قوله: وَقَوْلُهُ رَجَعَ بِمَا أَدَّى مَعْنَاهُ إِذَا أَدَّى مَا ضَمِنَهُ، أَمَّا إِذَا أَدَّى خِلَافَهُ رَجَعَ بِمَا ضَمِنَ، حتى لو كفل بالجياد وأدّى الزيوف وتجوز به من له الدراهم رجع على المكفول عنه بالجياد، ولو كفل بالزيوف وأدّى الجياد رجع على المكفول عنه بالزيوف؛ لأنَّ رجوع الكفيل بحكم الكفالة فإنما يرجع بما دخل تحت الكفالة، بخلاف المأمور بقضاء الدين فإن المأمور بقضاء الدين يرجع بما أدّى، حتى أن من أمره غيره بقضاء دينه وهو جياد فأدى زيوفاً ويجوز بها من له الدراهم يرجع المأمور بالزيوف على الآمر، ولو أمره بقضاء دينه وهو زيوف فأدّى الجياد رجع بالزيوف أيضًا؛ لأنَّ الرجوع هناك بحكم الأمر بالأداء فلا بد من اعتبار الأمر والأداء، ففي الفصل الثاني لم يوجد الأمر في حق الزيادة، وفي الفصل الأول وإن وجد الأمر لم يوجد الأداء، كذا في «الذخيرة».

وذكر في «المبسوط» في باب الأمر بنقد المال من الكفالة: ولو أمر خليطاً له أن ينقد فلانًا عنه ألف درهم بخيَّة[1]، فنقده عنه ألف درهم غلة أو نبهرجة لم يرجع على الآمر إلا بمثل ما أعطى، بخلاف الكفيل بالبخيَّة إذا أدّى الغلة فإنه يرجع بالبخيَّة؛ لأنَّ رجوع الكفيل بحكم الالتزام، ألا ترى أنه لو وهب المال له أن يرجع على الأصيل، وإنما التزم في ذمَّته البخيَّة فيستوجب مثلها في ذمة الأصيل، ثم بأن يسامحه الطالب فتجوز بالغلة لا يجب عليه أن يسامح الأصيلَ بشيءٍ، فأما المأمور فغير ملتزم في ذمته شيئاً فإنما ثبتَ له حق الرجوع بالأداء، ألا ترى أنه لو وهب المال له لم يصح، فإذا كان رجوعه بالأداء رجع بصفة المؤدي حكماً.

قوله: كَمَا إِذَا مَلَكَهُ بِالهِبَةِ، أي: كما إذا ملك الكفيل الدين الذي في ذمة المكفول عنه

---

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ)، ومراد ملا - الثالثة (م٣) وغيرهما: دراهم بخيَّة: بتشديد الخاء والياء، نوع من أجود الدراهم، نسبت فيما زعموا إلى بخّ، أمير ضربها، وقيل: كتب عليها بخّ، وهي كلمة استحسان واستحاذة، أو يقال لصاحبها: بخ بخ. انتهى

أَوْ بِالإِرْثِ، وَكَمَا إِذَا مَلَكَهُ المُحْتَالُ عَلَيْهِ بِمَا ذَكَرْنَا فِي الحَوَالَةِ، بِخِلَافِ المَأْمُورِ

بهبة المكفول له إيَّاه، وهذا على وجهين:

إمَّا أن يهب له ويأذن له بالقبض كما ذكر في أول هبة «تتمَّة الفتاوى» وقال: هبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح، إلا إذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه جاز استحساناً.

وإمَّا أن يجعل الدين ثابتاً في ذمة الكفيل ضرورة تصحيح الهبة حتى يكون تمليك الدين ممَّن عليه الدين، كما ذكر في «الذخيرة» في ذكر الفرق بين إبراء الدين وهبته في حق الكفيل، من حيث أن هبة الدين للكفيل يرتد بالرد وإبراء الدين منه لا يرتد بالرد، فقال:

الفرق بينهما هو أن الواجب على الكفيل بنفس الكفالة مجرَّد المطالبة لا الدين؛ لأنَّ الدين لو اعتبر واجبًا في ذمة الكفيل بنفس الكفالة مع أنَّ المكفول عنه لم يبرأ عن الدين يصير الدين الواحدُ دينين، وإنه خلاف الحقيقة ولا يصار إليه إلا لضرورة، ولا ضرورة إلى إيجاب الدين في ذمة الكفيل؛ لأنَّ الكفالة موضوعة لتوجه المطالبة والمطالبةُ قد تتوجه على الإنسان من غير أن يكون الطالب به واجبًا عليه، كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وأصل الثمن على الموكل، حتى أن البائع لو أبرأ الموكل عن الثمن يصح، فلما كان على الكفيل مجرَّد المطالبة كان الإبراء إسقاطاً محضًا كالطلاق والعتاق فلا يرتد بالرد، بخلاف الهبة فإن الهبة موضوعة للتمليك، وضرورة التمليك مسَّت إلى إيجاب الدين في ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه لا ما على غيره؛ لأن تمليك الدَّين من غير من عليه الدين لا يجوز، فلمَّا اعتبر الدين ثابتًا في ذمة الكفيل لضرورة تصحيح الهبة كان هبة الدين منه كهبة الدين من الأصيل، وهبة الدين من الأصيل يرتد بالرد فكذا هبة الدين من الكفيل.

بخلاف الإبراء؛ لأنَّ الإبراء للإسقاط ويكفي لصحة الإسقاط وجود وجوب المطالبة فلذلك لا ترتد بالرد.

قوله: أَوْ بِالإِرْثِ، أي: إذا ملك الكفيل الدين بالإرث بأن كان الكفيل وارث المكفول له فمات المكفول له يرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب.

قوله: وَكَمَا إِذَا مَلَكَهُ المُحْتَالُ عَلَيْهِ، يعني: إذا احتال ولم يكن للمحيل دين على المحتال

بِقَضَاءِ الدَّيْنِ حَيْثُ يَرْجِعُ بِمَا أَدَّى؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ حَتَّى يَمْلِكَ الدَّيْنَ بِالأَدَاءِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ الكَفِيلُ الطَّالِبَ عَنِ الأَلْفِ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ؛ لِأَنَّهُ

عليه، فأدَّى المحتال عليه المال رجع المحتال على المحيل بما ضمن لا بما أدَّى؛ لأنَّ المحتال عليه بقبول الدين صار بمنزلة الكفيل، والكفيل يرجع بما ضمن لا بما أدَّى فكذا المحتال عليه يرجع بما ضمن، وكذلك لو وهبَ المحتال له الدين للمحتال عليه، أو تصدق عليه، أو ورث من المحتال له، أو أدَّى دنانير، أو عروضًا عن الدراهم فإنه يرجع على المحيل بالمال بمنزلة الكفيل، وقد صرَّح في «الإيضاح» بأنه يرجع عليه.

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ الكَفِيلُ الطَّالِبَ عَنِ الأَلْفِ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ، أي: هناك يرجع الكفيل على المكفول عنه بما أدَّى وهو خمسمائة درهم، لا بما ضمن وهو ألف درهم، وإنَّما قيد **بقوله: عَلَى خَمْسِمِائَةٍ**، درهم دون الدنانير والعروض احترازًا عمَّا لو صالح على جنس آخر من الدنانير أو العروض؛ فإن في ذلك يرجع على المكفول عنه بجميع الألف التي كفل على ما يجيء بعد هذا، بخلاف ما إذا صالحه على الأقل من جنس حقه من الدين كان ذلك إبراء الكفيل فيما وراء بدل الصلح، فإن الكفيل لا يرجع على المكفول عنه بما يقابله من الإبراء، بل يرجع بما أدَّى لا غير؛ لأنَّ الإبراء إسقاط، بخلاف الهبة.

وذكر في «المبسوط»: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم وبها كفيل عنه بأمره، فصالح الكفيلُ الطالبَ على عشرة دنانير، أو باعه بها عشرة دنانير كان للكفيل أن يرجع على الأصيل بجميع الألف؛ لأنَّه بهذا الصلح والشراء يتملك جميع الألف، فمن ضرورة صحتها تحويل الدين إلى ذمة الكفيل، فإن الصلح على غير جنس الحق يكون تمليكًا كالبيع، ولو صالح الكفيل على مائة درهم على أن وهب رب الدين تسعَ المائة للكفيل؛ كان للكفيل أن يرجع بالألف كلها على المكفول عنه؛ لأنَّه ملك جميع الألف بعضها بالأداء وبعضها بالهبة له، والبعض معتبر بالكل؛ وهذا لأنَّ هبة الدين تمليك في الأصل، فمن ضرورة تصحيحها تحول الدين إلى ذمة الكفيل فلا يبقى للطالب في ذمة الأصيل شيء ويتحول الكل إلى ذمة الكفيل ثم تملكها بالهبة والأداء فيرجع بها على الأصيل.

إِسْقَاطٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَبْرَأَ الكَفِيلَ.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْكَفِيلِ أَنْ يُطَالِبَ المَكْفُولَ عَنْهُ بِالمَالِ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ) لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ قَبْلَ الأَدَاءِ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ حَيْثُ يَرْجِعُ قَبْلَ الأَدَاءِ لِأَنَّهُ انْعَقَدَ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ. قَالَ: (فَإِنْ لُوزِمَ بِالمَالِ كَانَ لَهُ أَنْ يُلَازِمَ المَكْفُولَ عَنْهُ حَتَّى يُخَلِّصَهُ) وَكَذَا إِذَا حُبِسَ كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ لِأَنَّهُ لَحِقَهُ مَا لَحِقَهُ مِنْ جِهَتِهِ فَيُعَامِلُهُ بِمِثْلِهِ.

وقوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا أَبْرَأَ الكَفِيلَ، أي: أبرأ الكفيل عن الخمسمائة الباقية وأخذ خمسمائة ثم يرجع الكفيل على المكفول عنه بالخمسمائة المؤدَّاة دون الألف؛ لأنَّه إنما يرجع بما أدَّى وذلك خمسمائة، أو نقول: معنى **قوله: كَمَا إِذَا أَبْرَأَ الكَفِيلَ**، أي: إذا أبرأ صاحب الدين الكفيل عن كل الدين لا يرجع الكفيل على المكفول عنه أصلًا، وكذا إذا أبرأ الكفيل عن بعض الدين لا يرجع الكفيل في حق ذلك البعض اعتبارًا للبعض بالكل.

قوله: وَلَيْسَ لِلْكَفِيلِ أَنْ يُطَالِبَ المَكْفُولَ عَنْهُ بِالمَالِ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ، فرق بين هذا وبين الوكيل بالشراء، فإن له أن يطالب الموكل بالثمن قبل أن يؤدي من عند نفسه، والوجه فيه أن الكفيل ملتزم للمطالبة وإنما يتملك الدين بالأداء، فقبل الأداء لا ملك له فلا يرجع عليه، فأمَّا في باب الشراء فالوكيل من الموكل ينزل بمنزلة البائع من المشتري فيما يرجع إلى الحقوق على ما عرف، فتثبت له المطالبة بالعقد كما تثبت للبائع فكان له أن يطالب قبل أن يؤدي، كذا في «الإيضاح».

قوله: لِأَنَّهُ انْعَقَدَ بَيْنَهُمَا - أي: بين الوكيل والموكل - **مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ**، حتى لو اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان فللوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لأجل الثمن كالبائع؛ وهذا لأنَّ الموكل يستفيد الملك في المشتري من جهة الوكيل، فكان الوكيل بالشراء بمنزلة البائع والبائع يقدر على مطالبة الثمن قبل تسليم المبيع، فصار كأن الوكيل اشترى شيئًا وقبضه ولم يدفع الثمن وباع من غيره، فللمشتري الأول أن يطالب الثمن من المشتري الثاني قبل أن ينقد هو الثمن إلى البائع الأول.

(وَإِذَا أَبْرَأَ الطَّالِبُ المَكْفُولَ عَنْهُ أَوِ اسْتَوْفَى مِنْهُ بَرِئَ الكَفِيلُ) لِأَنَّ بَرَاءَةَ الأَصِيلِ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الكَفِيلِ لِأَنَّ الدَّيْنَ عَلَيْهِ فِي الصَّحِيحِ (وَإِنْ أَبْرَأَ الكَفِيلَ لَمْ يَبْرَأْ الأَصِيلُ عَنْهُ) لِأَنَّهُ تَبَعٌ، وَلِأَنَّ عَلَيْهِ المُطَالَبَةَ وَبَقَاءَ الدَّيْنِ عَلَى الأَصِيلِ بِدُونِهِ جَائِزٌ (وَكَذَا إِذَا أَخَّرَ الطَّالِبُ عَنِ الأَصِيلِ فَهُوَ تَأْخِيرٌ عَنِ الكَفِيلِ، وَلَوْ أَخَّرَ عَنِ الكَفِيلِ لَمْ يَكُنْ تَأْخِيرًا عَنِ الَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ) لِأَنَّ التَّأْخِيرَ إِبْرَاءٌ مُوَقَّتٌ فَيُعْتَبَرُ بِالإِبْرَاءِ المُؤَبَّدِ،

قوله: فَإِذَا أَبْرَأَ الطَّالِبُ المَكْفُولَ عَنْهُ ... بَرِئَ الكَفِيلُ؛ لِأَنَّ بَرَاءَةَ الأَصِيلِ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الكَفِيلِ، فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا كانت الكفالة ابتداءً بشرط براءة الأصيل فإن هناك لا يبرأ الكفيل وإن برئ الأصيل، وهاهنا إذا أبرأ الطالب الأصيل بعد الكفالة يبرءان جميعًا، قلتُ: إنما نشأ الفرق بينهما من حيث الحقيقة والمجاز، فإن كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل صارت عبارة عن الحوالة مجازًا، واللفظُ إذا جعل عبارة من غيره مجازًا سقط اعتبار حقيقته في نفسه، يوضح الفرق بينهما هو أن الكفالة بشرط براءة الأصيل لا يكون إسقاطًا لأصل الدين بل يكون تحويلًا إلى ذمة الكفيل، فأمَّا إبراء الأصيل بعد الكفالة يكون إسقاطًا لأصل الدين، والمطالبة تبتني على وجوب أصل الدين، فكما لا يبقى على الأصيل مطالبة بعد الإسقاط فكذلك على الكفيل، كذا ذكره في «المبسوط» في آخر باب كفالة الرهط.

قوله: لِأَنَّ الدَّيْنَ عَلَيْهِ - أي: على المكفول عنه - فِي الصَّحِيحِ، احتراز عن القول الذي قاله بعضهم بوجوب أصل الدين في ذمة الكفيل أيضًا على ما ذكرنا، والصحيح أن الكفالة عبارة عن ضم الذمة إلى الذمة في حق المطالبة لا في أصل الدين.

قوله: وَلِأَنَّ عَلَيْهِ المُطَالَبَةَ - أي: على الكفيل - وَبَقَاءَ الدَّيْنِ عَلَى الأَصِيلِ بِدُونِهِ جَائِزٌ، أي: بدون المطالبة على تأويل الطلب والتقاضي، أي: يجوز أن يبقى الدين على الأصيل بدون المطالبة على الكفيل؛ لأنَّ سقوط المطالبة لا يقتضي سقوط أصل الدين.

قوله: لِأَنَّ التَّأْخِيرَ إِبْرَاءٌ مُوَقَّتٌ فَيُعْتَبَرُ بِالإِبْرَاءِ المُؤَبَّدِ، فإن قلتَ: هذا الاعتبار منقوض في حق الكفيل في رد الإبراء؛ فإن الكفيل لو ردَّ الإبراء المؤبد لا يرتد بالرد بل يثبت الإبراء

....

وسقط المطالبة عنه، وأمَّا لو ردَّ التأجيل وهو الإبراء الموقت يرتد بالرد حتى وجب عليه أداء ما كفل به حالًا، وأمَّا في حق الأصيل فإنَّهما سيان في أنَّهما يرتدان بالرد، والرواية في هبة «التتمَّة»، فعُلِم بهذا أن الإبراء الموقت غير معتبر بالإبراء المؤبَّد في جميع الصور، بل هما يفترقان في حق الكفيل.

قلتُ: النقض إنما يسمع أن لو كان ذلك في الحكم الذي وقع الكلام فيه، والكلام في حق الثبوت والسقوط بأن إبراء الأصيل هل هو موجب براءة الكفيل، وكذلك في إبراء الكفيل أنه هل يوجب براءة الأصيل أم لا؟ وكذلك في تأخير الدين من أحد الطرفين هل يوجب التأخير عن الطرف الآخر أم لا؟ وفي هذا ذلك الأصل الذي ذكره مستقيم غير منقوض، وأمَّا قبول الارتداد وعدم قبوله حكمٌ آخر سوى الحكم الذي وقع الكلام فيه، فكان من حق السائل أن يطالب بالفرق بين هذين الحكمين لا دعوى النقض.

ثم وجه الفرق بينهما هو ما ذكره في «الذخيرة» فقال: إن الإبراء المؤبَّد إسقاط محضٌ في حق الكفيل في ردِّ الإبراء، وليس فيه تمليك؛ لما ذكرنا أن الواجب بعقد الكفالة على الكفيل مجرَّد مطالبة، وقد أمكننا تصحيح الإبراء من غير أن يعتبر المال واجبًا عليه؛ لأنَّه موضوع للإسقاط، والإسقاط المحض لا يحتمل الرد كإسقاط الخيار، وأمَّا الإبراء المؤقت فهو تأخير مطالبة وليس بإسقاط، ألا ترى أن المطالبة تعود بعد الأجل والتأخير قابل للإبطال، بخلاف الإسقاط المحض ذكره في الفصل الخامس من كفالة «الذخيرة».

وذكر في «المبسوط»: وإذا كان المال من ثمن مبيع أو غصب وبه كفيل، فأجّر الطالب عن الأصيل إلى سنة فأبى أن يقبل ذلك فالمال عليه وعلى الكفيل حال كما كان؛ لأنَّ تأخير المطالبة بالتأجيل في حق الأصيل بمنزلة إسقاطه بالإبراء، وإبراء الأصيل يرتد بالرد فكذلك التأخير عنه يرتد برده، فيبقى المال عليه حالًا فكذلك على الكفيل؛ لأنَّ التأجيل في حق الأصيل يُجعل في حق الكفيل بمنزلة ما لو أجل الكفيل، ولو أجل الكفيل فأبى أن يقبل كان المال يثبت حالًّا فكذلك إذا أجل الأصيل؛ وهذا لأنَّ التأجيل لا يوجب انفساخ الكفالة سواء أجل الكفيل أو الأصيل، ذكره في باب بطلان المال عن الكفيل من غير أداء ولا إبراء.

بِخِلَافِ مَا إِذَا كَفَلَ بِالمَالِ الحَالِّ مُؤَجَّلًا إِلَى شَهْرٍ فَإِنَّهُ يَتَأَجَّلُ عَنِ الأَصِيلِ؛ لِأَنَّهُ

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَفَلَ بِالمَالِ الحَالِّ مُؤَجَّلًا إِلَى شَهْرٍ، وقوله: مُؤَجَّلًا، حال عن كفيل، أي: كفل مؤجلًا إلى شهر الدين الحال، بأن كان على رجل ألف درهم حالة وقال رجل: كفلتُ بها إلى سنة، فكان هو تأجيلًا لأصل الدين فيعمل التأجيل لذلك في حق الكفيل والأصيل، بخلاف ما إذا كان التأجيل في حق الكفيل بعد وجود الكفالة حيث لا يكون تأجيلًا في حق الأصيل؛ لأن ذلك إبراء موقت فيعتبر بإبراء المؤبَّد، وهناك لا يوجب الإبراء المؤبَّد في حق الأصيل فكذلك في هذا الإبراء.

وعن زفر رحمه الله: أن المال على الأصيل حال؛ لأنَّه أجل الكفيل خاصة والتأجيل إسقاط للمطالبة إلى غاية، فإذا كان إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فالتأجيل في حق الكفيل لا يمنع كون المال حالًّا على الأصيل.

ولكنَّا نقول: إنما أجل الطالب هاهنا أصل الدين؛ لأنَّ الهاء في قوله: فأكفل بها إلى سنة، كناية عن أصل المال، وإضافة التأجيل إلى أصل المال يثبت الأجل في الأصيل والكفيل جميعًا؛ لأنَّه لمَّا أضاف التأجيل إلى أصل المال وأصل المال في ذمة المطلوب ثبتَ الأجل في حق المطلوب، ثم يثبت في حق الكفيل بثبوته حالًا في حق الأصيل، حتى لو أجل الكفيل بما التزمه بالكفالة يبقى المال حالًّا على الأصيل، وهكذا نقول في الإبراء: إذا أضافه إلى أصل المال يكون إبراء لهما، وإذا أضافه إلى الكفيل خاصَّة لا يكون موجبًا إبراء الأصيل، هكذا ذكر المسألة في «المبسوط» في موضعين.

وحاصل ذلك أن التأجيل لمَّا دخل في ابتداء الكفالة صار التأجيل وصفًا لأصل الدين، فعمل ذلك في حق الكفيل والأصيل كما في سائر أوصاف الدين من الجودة والزيادة، وأمَّا إذا كان التأجيل في حق الكفيل بعد وجود الكفالة لم يصر وصفًا له بل كان هو تأخيرًا للمطالبة، فتأخير المطالبة في حق الكفيل لا يكون تأخيرًا في حق الأصيل.

وقيل في الفرق بين هذه المسألة وهي ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلًا إلى شهر، وبين تأجيل الدين على الكفيل بعد الكفالة هو أن تأجيل الدين على الكفيل بعد الكفالة تأخير

لا حَقَّ لَهُ إِلَّا الدَّيْنُ حَالَ وُجُودِ الكَفَالَةِ فَصَارَ الأَجَلُ دَاخِلًا فِيهِ، أَمَّا هَاهُنَا فَبِخِلَافِهِ.

قَالَ: (فَإِنْ صَالَحَ الكَفِيلُ رَبَّ المَالِ عَنِ الأَلْفِ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ فَقَدْ بَرِئَ الكَفِيلُ وَالَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ) لِأَنَّهُ أَضَافَ الصُّلْحَ إِلَى الأَلْفِ الدَّيْنِ وَهِيَ عَلَى الأَصِيلِ فَبَرِئَ عَنْ خَمْسِمِائَةٍ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ وَبَرَاءَتُهُ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الكَفِيلِ، ثُمَّ بَرِئَا جَمِيعًا عَنْ خَمْسِمِائَةٍ بِأَدَاءِ الكَفِيلِ،

للمطالبة عن الكفيل؛ لأنَّ الملتزم بالكفالة المطالبةُ دون الدين عندنا، فكان التأجيل تأخيرًا للملتزم لا للدين؛ لأنَّ الدين لم يذكر في معرض التأجيل، وأمَّا في هذه المسألة ذكر الدين في معرض التأجيل ووجب المطالبة عليه ابتداءً مؤجَّلة، ولن يكون عليه مؤجلًا ابتداءً إلا بعد ثبوت التأجيل في حق الأصيل؛ لأنَّ حال وجود الكفالة لاحق يقبل الأجل إلا الدينُ فتأجَّل في حقهما، كذا ذكره الإمام المرغيناني، والكشاني رحمهما الله.

قوله: فَصَارَ الأَجَلُ دَاخِلًا فِيهِ - أي: في الدين - **أَمَّا هَاهُنَا**، أي: فيما إذا أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرًا عن الذي عليه الأصل.

قوله: فَإِنْ صَالَحَ الكَفِيلُ رَبَّ المَالِ عَنِ الأَلْفِ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ، إلى آخره، والمسألة على أربعة أوجه:

(١) إن شرط برائتهما في الصلح برئا جميعًا عن خمس مائة (٢) وإن شرط براءة المطلوب فكذلك يبراءان جميعًا (٣) وإن شرطا براءة الكفيل لا غير برئ الكفيل عن خمس مائة لا غير والألف بحاله على الأصيل (٤) وإن لم يشترطا في الصلح براءة كل واحد منهما بأن قال الكفيل للطالب: صالحتك عن الألف على خمس مائة ولم يزد على هذا وهي مسألة الكتاب، **بَرِئَا جَمِيعًا عَنْ خَمْسِمِائَةٍ**؛ لأنَّ إضافة الصلح إلى الألف إضافة إلى ما على الأصيل؛ لأنَّ الكفيل لا يستوجب دينًا وإنما يستوجب المطالبة فيبرأ الأصيل من ذلك؛ لضرورة إضافة الصلح إلى الألف المعهودة وهي على الأصيل فأوجب برائته فيبرأ الكفيل ضرورة؛ لأن براءة الأصيل يوجب براءة الكفيل.

وَيَرْجِعُ الكَفِيلُ عَلَى الأَصِيلِ بِخَمْسِمِائَةٍ إِنْ كَانَتِ الكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى جِنْسٍ آخَرَ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ فَمَلَكَهُ فَيَرْجِعُ بِجَمِيعِ الأَلْفِ، وَلَوْ كَانَ صَالَحَهُ عَمَّا اسْتَوْجَبَ بِالكَفَالَةِ لا يَبْرَأُ الأَصِيلُ؛ لِأَنَّ هَذَا إِبْرَاءُ الكَفِيلِ عَنِ المُطَالَبَةِ.

قوله: وَيَرْجِعُ الكَفِيلُ عَلَى الأَصِيلِ بِخَمْسِمِائَةٍ إِنْ كَانَتِ الكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ؛ لأنَّه أوفى هذا القدر.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَى جِنْسٍ آخَرَ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ فَمَلَكَهُ فَيَرْجِعُ بِجَمِيعِ الأَلْفِ، فإن قيل: فلِمَ لا يُجعل في متحدّي الجنس كذلك، بأن يجعل الألف واجبةً في ذمة الكفيل بمقتضى صحة الصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة عن خمس مائة مشروطة للكفيل، كما لو صالح على خلاف الجنس حيث يعتبر الألف واجبة في ذمته لمقتضى صحة الصلح، حتى كان له الرجوع بجميع ما كفل به على المطلوب.

قلنا: الألف إنما يقدر وجوبها في ذمة الكفيل عند قيام الحاجة إلى تمليك الألف منه، ومتى وقع الصلح على خلاف جنس الحق احتجنا إلى تمليك الألف منه؛ لأنَّ الدنانير تصلح بدلًا عن الألف فعند الحاجة إلى تكميل الألف تعتبر الألف واجبةً في ذمَّته حتى يملك ما في ذمته لا ما في ذمة غيره؛ لأنَّ تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يصح، وفي مسألتنا لا حاجة إلى تمليك الخمسمائة من الكفيل حتى تعتبر الألف واجبة في ذمته؛ لأنَّ الخمسمائة لا تصلح عوضًا عن الألف لما فيه من الربا، فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للأصيل، ثم براءة الأصيل توجب براءة الكفيل فيبرئان عن خمسمائة، ثم يرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إذا كفل بأمره على ما ذكرنا، كذا ذكره الإمام المرغيناني، والمحبوبي.

قوله: وَلَوْ كَانَ صَالَحَهُ - أي: الكفيل - عَمَّا اسْتَوْجَبَ بِالكَفَالَةِ، أي: ما وجب بالكفالة وهو المطالبة.

صورته ما ذكره في «المبسوط»: أنه لو صالحه عن ألف على مائة درهم على أن إبراء الكفيل خاصَّة من الباقي رجع الكفيل على الأصيل بمائة، ورجع الطالب على الأصيل بتسعمائة؛ لأنَّ إبراء الكفيل يكون فسخًا للكفالة ولا يكون إسقاطًا لأصل الدين.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِكَفِيلٍ ضَمِنَ لَهُ مَالًا قَدْ بَرِئْتَ إِلَيَّ مِنَ المَالِ رَجَعَ الكَفِيلُ عَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ) مَعْنَاهُ بِمَا ضَمِنَ لَهُ بِأَمْرِهِ لِأَنَّ البَرَاءَةَ الَّتِي ابْتِدَاؤُهَا مِنَ المَطْلُوبِ وَانْتِهَاؤُهَا إِلَى الطَّالِبِ لا تَكُونُ إِلَّا بِالإِيفَاءِ، فَيَكُونُ هَذَا إِقْرَارًا بِالأَدَاءِ فَيَرْجِعُ (وَإِنْ قَالَ أَبْرَأْتُكَ لَمْ يَرْجِعِ الكَفِيلُ عَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ) لِأَنَّهُ بَرَاءَةٌ لا تَنْتَهِي إِلَى غَيْرِهِ وَذَلِكَ بِالإِسْقَاطِ فَلَمْ يَكُنْ إِقْرَارًا بِالإِيفَاءِ. وَلَوْ قَالَ بَرِئْتُ قَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -

وذكر في «شرح الطحاوي»: وأمَّا الوجه الذي يوجب به براءة الكفيل دون الأصل وهو أن يشترط الطالب في الصلح براءة الكفيل خاصَّة فالطالب بالخيار إن شاء أخذ دينه من الأصيل، وإن شاء أخذ من الكفيل خمسمائة درهم ومن الأصيل خمسمائة درهم ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدى إن كان الصُّلح بأمره زاد فيه الأمر بالصلح.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِكَفِيلٍ ضَمِنَ لَهُ مَالًا قَدْ بَرِئْتَ إِلَيَّ مِنَ المَالِ، وقوله: قَدْ بَرِئْتَ، متصل بقوله: قال رب الدين للكفيل: بَرِئْتَ إِلَيَّ، أي: من المال الذي كفلتَ به عن فلان، فهذا إقرار بالقبض حتى لا يرجع الطالبُ وهو رب الدين على المكفول عنه ولا على الكفيل بشيء؛ لما ذكر في الكتاب، فهذا وقوله: قد دفعتَ إليَّ المالَ، أو نقدتنِي، أو قبضته منك سواءٌ، والحوالةُ في هذا كالكفالة، وهنا ثلاث مسائل: أحدها هذه، والثانية: إذا قال: أبرأتك منه لم يكن هذا إقرارًا بالقبض حتى كان للطالب أن يأخذ الأصيلَ بالمال، والثالثة: إذا قال: برئت من المال، ولم يقل: إليَّ، فهذا إقرار بالقبض عند أبي يوسف رحمه الله كقوله: برئت إليَّ، وعند محمد رحمه الله كقوله: قد أبرأتك، فيثبت الأدنى وهو براءة الكفيل بدون الإيفاء، ولَا يَرْجِعُ الكَفِيلُ بِالشَّكِّ؛ وذلك لأنَّ قوله: برئت، يحتمل البراءة بالقبض ويحتمل البراءة بالإبراء، فقد تيقنا بحصول البراءة بأيّ الأمرين كان، وشككنا في الأداء فلا يثبت الأداء بالشك.

بخلاف قوله: برئت إليَّ؛ لأنَّه لا يحتمل إلا البراءة بالقبض؛ لأنَّه لا يقال: برئتَ إليَّ؛ لأنِّي أبرأتك، ويقال: برئت؛ لأنِّي أبرأتك، وفرق محمد بين هذا وبين ما إذا كتب الطالب صكًّا وذكر فيه: برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها، فإنه يكون إقرارًا بالقبض عندهم

هُوَ مِثْلُ الثَّانِي لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ البَرَاءَةَ بِالأَدَاءِ إِلَيْهِ وَالإِبْرَاءِ فَيَثْبُتُ الأَدْنَى إِذْ لَا يَرْجِعُ الكَفِيلُ بِالشَّكِّ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: هُوَ مِثْلُ الأَوَّلِ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِبَرَاءَةٍ ابْتِدَاؤُهَا مِنَ المَطْلُوبِ وَإِلَيْهِ الإِيفَاءُ دُونَ الإِبْرَاءِ. وَقِيلَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا إِذَا كَانَ الطَّالِبُ حَاضِرًا يَرْجِعُ فِي البَيَانِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ هُوَ المُجْمَلُ.

جميعًا كقوله: برئت إليَّ وإن أضاف البراءة إلى الكفيل خاصة؛ لأنَّ الكتابة إنما جعلت إقرارًا بالقبض بقبضية العُرف، فإن العرف بين الناس أن الصكّ يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت البراءة بالإيفاء، وإن حصلت بالإبراء لا يكتب الصكّ عليه فجعلت الكتابة به إقرارًا بالقبض عرفًا، ولا عُرف عند الإبراء به فافترقا.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: هُوَ مِثْلُ الأَوَّلِ؛ - أي: قوله: برئتُ مثل قوله: برئت إليّ - **لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِبَرَاءَةٍ ابْتِدَاؤُهَا مِنَ المَطْلُوبِ**، وهو الكفيل على الخصوص فإنه ذكر حرف الخطاب وهو التاء، وإنما يُذكر هذا إذا وُجد بفعل مضاف إليه على الخصوص كما يقال: قمتَ وقعدتَ، والبراءة التي توجد من الكفيل خاصّة البراءةَ بالإيفاء؛ لأنَّه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فيقع له البراءة وإن لم يوجد من الطالب صُنعٌ، فأمَّا البراءة بالإبراء لا توجد بفعل الكفيل وإنما توجد بفعل صاحب المال فلا تكون البراءة حينئذٍ مضافة إلى الكفيل، وما قاله محمد رحمه الله إنما يستقيم إذا كان الاحتمالات على السواء، وقد ترجح أحد الاحتمالين وهو البراءة بالقبض؛ لما ذكرنا.

واختلف المتأخرون من مشايخنا في ما إذا قال المدعى عليه: أبرأني المدَّعي من الدعوى التي يدَّعى على وجهين، منهم من قال: يكون إقرارًا، كما إذا قال: أبرأني من هذا المال، ومنهم من يقول: لا يكون إقرارًا؛ لأنَّ الدعوى قد تكون حقًّا وقد تكون باطلًا، ولو قال الطالب للكفيل: أنت في حل من المال، فهو كقوله: أبرأتك؛ لأنَّ لفظة الحل تستعمل في البراءة بالإبراء دون البراءة بالقبض، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَقِيلَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا إِذَا كَانَ الطَّالِبُ حَاضِرًا يَرْجِعُ فِي البَيَانِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ هُوَ

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيقُ البَرَاءَةِ مِنَ الكَفَالَةِ بِالشَّرْطِ) لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى التَّمْلِيكِ كَمَا

المُجْمَلُ، فإن قلتَ: في هذا اللفظ شبهتان:

إحداهما: هي أن المجمل هو الذي لا يمكن العمل به إلا ببيان المحمل، وهاهنا العمل ممكن في الأوجه الثلاثة بدون البيان على ما ذكروا من وجوه البيان، خصوصًا في الوجه الأول والثاني.

والثانية: هي أنه ذكر في الكتاب في تعليل الوجه الأول بقوله: لِأَنَّ البَرَاءَةَ الَّتِي ابْتِدَاؤُهَا مِنَ المَطْلُوبِ وَانْتِهَاؤُهَا إِلَى الطَّالِبِ لا تَكُونُ إِلَّا بِالإِيفَاءِ، وكذلك جعل الإمام المحبوبي رحمه الله ذلك القول بمنزلة قوله: دفعت إليّ المالَ، أو قبضتُه منك، فلمَّا كان ذلك القول من الطالب بهذه المثابة في البيان حيث لا يحتمل غير الإيفاء فلم يرجع إليه في البيان بعد هذا وهو مبيّن؛ لأنَّه لو كان قال: دفعتَ إليّ المال، كان لا يرجع في البيان إليه ثانيًا لكونه مبينًا في الإقرار بالإيفاء والقبض، والوجه الأول ملحَق بذلك القول، وفي ذلك القول لا يرجع إليه في البيان ثانيًا فيجبُ أن يكون هاهنا كذلك، ولا يرجع إليه وإن كان حاضرًا.

قلتُ: الجواب لكلتي الشبهتين شيءٌ واحد وهو أن قوله: برئت إليّ، وإن كان بمنزلة الصريح في حق إيفاء الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال، لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن يقال: برئتَ إليّ؛ لأنّي أبرأتك، وإن كان بعيدًا عن الاستعمال، وما ذكروا في تعليل الأوجه الثلاثة كله استدلالي لا صريح في الإيفاء وغير الإيفاء، فكان العمل به عند العجز عن العمل بالنص، فلمَّا أمكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقطَ العمل بالاستدلال وإن كان واضحًا في دلالته على المراد، وكونه غير صريح في الإيفاء والإبراء هو الذي سوَّغ استعمال لفظ المحمل والرجوع إلى بيان الطالب صريحًا وقت كونه حاضرًا ليكون العمل به عملًا بدليل لا شبهة فيه.

قوله: وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيقُ البَرَاءَةِ مِنَ الكَفَالَةِ بِالشَّرْطِ، بأن قال: إذا جاء غد فأنت بريءٌ من الكفالة.

فإن قلتَ: يشكل هذا بما ذكر في «الإيضاح» في باب الكفالة بالنفس: إذا شرط إن لم يواف به فعليه المالُ في قوله، ولو كفل بالمال وقال: إن وافيتك به غدًا فأنا بريءٌ فوافاه من الغد

فِي سَائِرِ البَرَاءَاتِ. وَيُرْوَى أَنَّهُ يَصِحُّ لِأَنَّ عَلَيْهِ المُطَالَبَةَ دُونَ الدَّيْنِ فِي الصَّحِيحِ فَكَانَ إِسْقَاطًا مَحْضًا كَالطَّلَاقِ، وَلِهَذَا لا يَرْتَدُّ الإِبْرَاءُ عَنِ الكَفِيلِ بِالرَّدِّ بِخِلَافِ إِبْرَاءِ الأَصِيلِ. قَالَ: (وَكُلُّ حَقٍّ لا يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الكَفِيلِ لا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِهِ كَالحُدُودِ وَالقِصَاصِ) مَعْنَاهُ بِنَفْسِ الحَدِّ لا بِنَفْسِ مَنْ عَلَيْهِ الحَدُّ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ إِيجَابُهُ عَلَيْهِ، وَهَذَا لِأَنَّ العُقُوبَةَ لا تَجْرِي فِيهَا النِّيَابَةُ. قَالَ: (وَإِذَا تَكَفَّلَ عَنِ المُشْتَرِي بِالثَّمَنِ جَازَ) لِأَنَّهُ دَيْنٌ كَسَائِرِ الدُّيُونِ (وَإِنْ تَكَفَّلَ عَنِ البَائِعِ بِالمَبِيعِ لَمْ تَصِحَّ)؛

فهو برئ من المال، فقد جوَّز تعليق البراءة من الكفالة بالمال بموافاة المكفول به.

قلتُ: إنما لا يجوز تعليق البراءة إذا علق براءة الكل بشرط محض لا منفعة للطالب أصلًا في ذلك الشرط، كدخول الدار ونحو ذلك؛ لأنَّه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بخطر لا تعامل للناس فيه؛ لما فيه من التمليك من وجه، وأمَّا البراءة عن الكفالة بمال بموافاة المكفول به براءة متعاملة؛ لما فيه من إبراء البعض واستيفاء البعض، وتعليق البراءة عن البعض بإيفاء البعض متعامل، ألا ترى أن صاحب الدين إذا قال: عجل خمسمائة على أنِّي أبرأتك عن الباقي كان جائزًا، وإن علق البَراءة عن البعض بتعجيل البعض دلَّ على أن البراءة على هذا الوجه متعامل، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

هذا هو وجه اختلاف الروايتين في جواز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط، وعدم جواز الذي ذكره في الكتاب بقوله: وَيُرْوَى أَنَّهُ يَصِحُّ، بعدما ذكر أنه لا يجوز، أي: لا يجوز تعليقها بشرط غير متعارف ويجوز تعليقها بشرط متعارف كما هو الحكم في تعليق الكفالة بالشرط على ما ذكرنا.

قوله: لِأَنَّ العُقُوبَةَ لا تَجْرِي فِيهَا النِّيَابَةُ؛ لأنَّه لا يحصل المقصود بها وهو الزجر.

قوله: وَإِنْ تَكَفَّلَ عَنِ البَائِعِ - أي: للمشتري - بِالمَبِيعِ لَمْ تَصِحَّ، أي: بالمبيع بعينه، على معنى أنه لو هلك فعليَّ بدله فإنه لا يصح، أمَّا لو كفل بتسليم المبيع فذلك يصح على ما

لِأَنَّهُ عَيْنٌ مَضْمُونٍ بِغَيْرِهِ وَهُوَ الثَّمَنُ،

يجيء، وقد ذكرنا في صدر كتاب الكفالة منسوبًا إلى «الذخيرة»: بأن من شرط جواز الكفالة على الخصوص كون المكفول به مضمونًا على الأصيل بحيث يجبر الأصيلُ على تسليمه؛ لأنَّ الكفالة ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل لالتزام المطالبة بما على الأصيل، فلذلك لم يكن بدّ من أن يكون المكفول به مضمونًا على الأصيل ليكون مطالبًا به، فيلتزم الكفيل بالكفالة المطالبة.

وعن هذا قلنا: بأن الكفالة بالأمانات كالودائع، وأموال المضاربات، والشركات باطلة؛ لأنَّ هذه الأشياء غير مضمونة لا عينُها ولا تسليمُها، وأمَّا الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة، والكفالة بعين العارية والمستأجر باطلة، وأمَّا الكفالة بتسليمها ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أن الكفالة بتسليم العارية باطلة، وهذا ليس بصواب، فقد نصَّ محمد رحمه الله في «الجامع» أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة، وفي «القدوري»: أن الكفالة بتسليم المبيع صحيحة، وإن هلك المبيع لا يجب على الضامن شيء، كذا في «الذخيرة».

وذكر في «التحفة»: وأمَّا الكفالة بالأعيان فهي أنواع ثلاثة:

أحدها: الكفالة بعين هو أمانة غير واجب التسليم كالوديعة، ومال المضاربة، والشركة، وهي لا تصح أصلًا.

والثاني: الكفالة بعين هو أمانة لكنه واجب التسليم كالعارية، والمستأجر في يد المستأجر، وكذا العين المضمون بغيره، كالمبيع قبل القبض مضمون بالثمن، وكالرهن مضمون بالدين، الجواب في الكل واحد وهو أنه تصح الكفالة بتسليم العين، فمتى هلك العينُ لا يجب على الكفيل قيمة العين.

والثالث: العين المضمون بالقيمة كالمغصوب، والمبيع بيعًا فاسدًا، والمقبوض على سوم الشراء، تصح الكفالة ويجب عليه تسليم العين ما دام قائمًا، وإذا هلك لا يجب عليه تسليم قيمته متى ثبت الغصبُ بالبينة أو بالإقرار.

قوله: لِأَنَّهُ عَيْنٌ مَضْمُونٍ بِغَيْرِهِ، والمعنى من المضمون بغيره هو أن لا يكون مضمونًا

وَالكَفَالَةُ بِالأَعْيَانِ المَضْمُونَةِ وَإِنْ كَانَتْ تَصِحُّ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -، لكِنْ بِالأَعْيَانِ المَضْمُونَةِ بِنَفْسِهَا كَالمَبِيعِ بَيْعًا فَاسِدًا وَالمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ وَالمَغْصُوبِ، لا بِمَا كَانَ مَضْمُونًا بِغَيْرِهِ كَالمَبِيعِ وَالمَرْهُونِ، وَلا بِمَا كَانَ

بقيمته عند الهلاك كالمبيع فإنه مضمون بالثمن، حتى لو هلك في يد البائع يسقط الثمن عن المشتري وينفسخ البيع، بخلاف المغصوب فإنه مضمون بنفسه؛ لأنَّه مضمون بقيمته.

قوله: وَالكَفَالَةُ بِالأَعْيَانِ المَضْمُونَةِ وَإِنْ كَانَتْ تَصِحُّ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، إلى آخره، الكفالة بالأعيان المضمونة في يد من هي في يده تصح إذا كانت مضمونة بنفسها، كالمغصوب، والمقبوض على المبيع الفاسد، وهذا مذهبنا، وقال الشافعي رحمه الله: لا تصح الكفالة بالأعيان المضمونة، والكلام فيه راجع إلى الأصل الذي ذكرنا: أن عند الخصم موجَب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة، فكان محل الكفالة الديون لا الأعيان؛ ولأن من شرط صحة الكفالة أن يكون الكفيل قادرًا على الإيفاء من عنده، وهذا يتصوّر في الديون، فأما تسليم عين هي في يد الغير فالكفيل عاجز عنه.

ونحن نقول: بأن الكفالة ضمُّ الذمة إلى الذمة في التزام ما كان مضموناً على الأصيل، ورد العين مضمون على الأصيل فصح الالتزام من الكفيل، فأمَّا قوله: بأنه لا يقدر على الأداء من عنده، قلنا: تسليم ما التزمه متصوّر في الجملة فصح التزامه؛ لأنَّ ما يلزمه بعقدة يعتبر فيه التصور، كذا في «الإيضاح».

فالواجب في الأعيان المضمونة بعينها على الكفيل تسليم عينها عند القدرة على عينها، وتسليم قيمتها إن لم يقدر إذا ثبتَ وجوبه على المكفول عنه بالبينة، وأمَّا إذا ثبتَ بإقراره فلا يجب على الكفيل؛ لأنَّ الإقرار حجة قاصرة حيث يقتصر على المقرّ ولا يتعدَّى إلى غيره.

وفي «المبسوط» في باب الكفالة بالأعيان: وإذا ادَّعى عبدًا في يدي رجل فلم يقدمه إلى القاضي فأخذ منه كفيلًا بنفسه وبالعبد، ومات العبد في يد المطلوب وأقام المدعي البينة أن العبد عبدُه، فإن القاضي يقضي له بقيمة العبد على المطلوب، وإن شاء على الكفيل؛ لأنَّه يثبت بالبينة أن العبد كان مغصوبًا، والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل رد القيمة

أَمَانَةً كَالوَدِيعَةِ وَالمُسْتَعَارِ وَالمُسْتَأْجَرِ وَمَالِ المُضَارَبَةِ وَالشَّرِكَةِ. وَلَوْ كَفَلَ بِتَسْلِيمِ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ أَوْ بِتَسْلِيمِ الرَّهْنِ بَعْدَ القَبْضِ إِلَى الرَّاهِنِ،

عند تعذر ردّ العين كما أنَّها واجبة على الأصيل، وإن لم تقم البينة ولكن المطلوبَ نكل عن اليمين فقضى له القاضي بالعبد فماتَ العبدُ قبل أن يقبضه فإنه يقضى له بقيمته على الأصيل دون الكفيل؛ لأنَّ نكوله كإقراره أو كبدله فلا يكون حجة على الكفيل، إلا أن يقر الكفيل بمثل ذلك، أو يأبى اليمين فيلزمه ما يلزم المطلوب.

ولو اغتصب رجل عبدًا فضمنه رجل لصاحبه فهو ضامن له حتى يأتِي به فإن هلك فعليه قيمته؛ لأنَّه التزمَ المطالبة بما على الأصيل والقول قول الكفيل في قيمته، لإنكاره الزيادة كالأصيل، فإن أقرَّ الغاصب بأكثر من ذلك لزمه الفضل بإقراره ولا يصدق على الكفيل.

وقوله: كَالوَدِيعَةِ وَالمُسْتَعَارِ، وفيهما تفاوت؛ لأنَّ الكفالة بالوديعة لا تصح لا بعينها ولا بتسليمها؛ لأنَّ رد الوديعة غير واجب على المودع، بل الواجب عليه عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها على ما ذكرنا من رواية «التحفة».

وأمَّا العارية فقد ذكر في «الإيضاح»: أن عينها غير مضمونة وتسليمها مضمون فلذلك إذا ضمن بالتسليم جاز، وكذلك لو ضمن ضامن عن المؤاجر تسليم العين إلى المستأجر جاز؛ لأنَّ التسليم مستحق عليه.

قوله: وَلَوْ كَفَلَ بِتَسْلِيمِ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ ... جَازَ، وفي «المبسوط»: ولو اشترى عبدًا من رجل ونقده الثمن وأخذ منه كفيلًا بالعبد حتى يدفعه إليه فمات العبد لم يكن على الكفيل شيء؛ لأنَّ العقد قد انفسخ بموته قبل القبض وبرئ الأصيل عن تسليم عينه فكذلك الكفيل، والكفيل ما ضمن الثمن فلا يطالب بشيء منه.

قوله: وَلَوْ كَفَلَ بِتَسْلِيمِ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ - أي: بعد دفع الثمن إلى البائع - أَوْ بِتَسْلِيمِ الرَّهْنِ بَعْدَ القَبْضِ، أي: كفل بتسليم الرهن عن المرتهن إلى الراهن بعدما استوفى المرتهن الدين جاز.

أَوْ بِتَسْلِيمِ الْمُسْتَأْجَرِ إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ جَازَ لِأَنَّهُ الْتَزَمَ فِعْلًا وَاجِبًا.

وذكر في «الذخيرة»: إن الكفالة بتسليم العارية صحيحة، والكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرد أو برده متى قضى الدين، وكذلك الكفالة عن الراهن للمرتهن لا تجوز.

وفي «الإيضاح»: فإن كفل كفيل بتسليم الرهن إلى الراهن جاز؛ لأنَّه مستحق على المرتهن رده إذا قبض الدين، فإن هلك سقط الضمان؛ لأنَّه لا يجب على الأصيل شيء بهلاكه فلا يجب على الضامن أيضًا، وأمَّا العارية فعينها غير مضمونة وتسليمها مضمون، فإن ضمن بالتسليم جاز.

وذكر في «المبسوط»: وإذا كفل رجل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن لم يكن على الكفيل شيء؛ لأنَّ عين الرهن أمانة في يد المرتهن، والزيادة على مقدار الدين من مالية الرهن أمانة في يد المرتهن، فلا يضمن الكفيل شيئًا من ذلك بالكفالة، ولو كان ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهنُ من دينه وكان الرهن قيمته تسعمائة والدينُ ألف ضمن الكفيل مائة درهم؛ لأنَّه التزم بالكفالة دينًا مضمونًا في ذمة الأصيل.

ولو استعار الراهن المرهون من المرتهن على أن أعطاه كفيلًا به فهلك عند الراهن كان خارجًا من الرهن؛ لأنَّ ضمان الاستيفاء باعتبار يد المرتهن ولم يبق بعدما استعاره الراهن فلم يلزم الكفيل شيء؛ لأنَّه لا ضمان للمرتهن على الأصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضًا، ولو كان الراهنُ أخذ بغير رضى المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذ به؛ لأنَّ الراهن ضامن مالية العين هاهنا، ألا ترى أنه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن، فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب.

وقوله: أَوْ بِتَسْلِيمِ الْمُسْتَأْجَرِ - بفتح الجيم - إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ - بكسرها - جَازَ، وفي «المبسوط»: ولو تكارى دابة أو عبدًا وعجَّل الأجر ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل بذلك حتى يدفعه إليه فإن الكفيل يؤخذ منه ما دام حيًّا؛ لأنَّ التسليم مستحق على الأصيل وهو ممَّا يجري فيه النيابة فتصح الكفالة به، فإن هلك المستأجر لم يكن له على الكفيل

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلْحَمْلِ عَلَيْهَا، فَإِنْ كَانَتْ بِعَيْنِهَا لا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِالحَمْلِ) لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنْهُ (وَإِنْ كَانَتْ بِغَيْرِ عَيْنِهَا جَازَتِ الكَفَالَةُ) لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ الحَمْلُ عَلَى دَابَّةِ نَفْسِهِ وَالحَمْلُ هُوَ المُسْتَحِقُّ (وَكَذَا مَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ فَكَفَلَ لَهُ

شيءٌ)؛ لأنَّ الإجارة انفسخت وخرج الأصيل من أن يكون مطالبًا بتسليم العين وإنما عليه رد الأجر، والكفيلُ ما كفل بالأجر.

قوله: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلْحَمْلِ عَلَيْهَا، فَإِنْ كَانَتْ بِعَيْنِهَا لا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِالحَمْلِ؛ لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنْهُ، اعلم أن هذه الكفالة إنما لا تصح؛ لأنَّ الكفيل كفل بالحمل على دابة معيّنة فكان المكفول به مركبًا من شيئين وهما: الحمل والدابة المعيّنة، وهذا المكفول به عند تركبه من هذين الشيئين غير مقدور للكفيل؛ لأنَّه وإن كان للكفيل إبلٌ يحمل عليها لكن الحمل على إبل الكفيل لا يكون حملًا على تلك الإبل المعيَّنة، فلذلك لا يكون الكفيل قادرًا على هذا المكفول به، ومن شرط الكفالة أن يكون تحصيل المكفول به مقدورًا للكفيل.

وإنما قلنا: أن المراد هذا؛ لأنَّ الكفيل لو كفل بكل واحد من هذين المذكورين فإنه جائز، حتى لو استأجر رجلًا إبلًا معينة عن رجل فكفل بها رجل بتسليمها إلى المستأجر فإنه يصح، كذا في «المبسوط».

وكذلك لو استأجر إبلًا غير معينة للحمل وكفل بالحمل رجل صحَّ على ما هو المذكور في الكتاب، فعُلِم بهذا أن عدم الجواز فيما إذا كان المكفول به مركبًا من هذين الشيئين، والدليل على صحة ما قلنا ما ذكره في «المبسوط» في باب الكفالة بالأعيان:

ولو أكراه إبلًا فأعطاه كفيلًا بذلك جاز؛ لأنَّ تسليمها مستحق على الأصيل، ولو كانت الإبل بأعيانها فأعطاه كفيلًا بها كان جائزًا ما دامت قائمة بأعيانها؛ لأنَّ الأصيل مطالب بتسليمها بالعقد، فإذا هلكت فقد انفسخ العقد وبرئ الأصيل عن التسليم فلا ضمان على الكفيل، ولو أعطاه كفيلًا بالحمولة لم يجز فيما كان بعينه؛ لأنه لا يجري فيه النيابة، فإن إبل الكفيل لا يقوم مقام تلك الحمولة المعينة في إبقاء المعقود عليه وجاز فيما كان بغير

رَجُلٌ بِخِدْمَتِهِ فَهُوَ بَاطِلٌ) لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ إِلَّا بِقَبُولِ المَكْفُولِ لَهُ فِي المَجْلِسِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - آخِرًا: يَجُوزُ إِذَا بَلَغَهُ أَجَازَ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ فِي بَعْضِ النُّسَخِ الإِجَازَةَ، وَالخِلَافُ فِي الكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ وَالمَالِ جَمِيعًا.

عينه، لأنَّه يستحق على الأصيل بالعقد، أي: لأنَّ الحمل يستحق وهو مما يجري فيه النيابة في إيفائه، وإنما يلتزم الكفيل تسليم ما يقدر على تسليمه.

قوله: فَهُوَ بَاطِلٌ؛ لِمَا بَيَّنَّا، وهو **قوله:** لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنْهُ.

قوله: وَلَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ إِلَّا بِقَبُولِ المَكْفُولِ لَهُ فِي المَجْلِسِ، أي: مجلس العقد، أمَّا لو قبلها فضوليٌّ عن الطالب على قولهما يتوقف، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز من غير توقف على ما يجيء.

قوله: وَلَمْ يَشْتَرِطْ فِي بَعْضِ النُّسَخِ، أي: نسخ كفالة «المبسوط»؛ لأنَّه ذكر هذه المسألة في الباب الأول من كفالة «المبسوط»، وقال بعدما ذكر قولهما: وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول ثم رجع فقال: هو جائز وإن لم يكن الطالب حاضرًا. ثم قال: وفي موضع آخر من هذا الكتاب يقول: هو موقوف عند أبي يوسف رحمه الله الآخر حتى إذا بلغ الطالب فقبله جاز.

وذكر في «الأسرار» اختلاف المشايخ، في قول أبي يوسف رحمه الله بالنفاذ والتوقف ثم قال: وظاهر الرواية يدل على قول الأولين وهو القول بالنفاذ دون التوقف، ثم قال: لأنَّه ذكر في «الأصل» أنَّها جائزة على قوله الآخر، والجواز إنما يطلقه محمد رحمه الله على الناقد، فأمَّا الموقوف فيسميه محمد باطلًا إلا أن يجيز.

وذكر في «الإيضاح» كما هو المذكور في الكتاب و«المبسوط» فقال: وقال أبو يوسف: يجوز، ثم قال: وذكر قوله في «الأصل» في موضعين، فشرط الإجازة في أحدهما دون الآخر.

قوله: وَالخِلَافُ فِي الكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ وَالمَالِ جَمِيعًا - أي: واحدٌ - لَهُ أَنَّهُ تَصَرُّفُ

لَهُ أَنَّهُ تَصَرُّفُ التِزَامٍ فَيَسْتَبِدُّ بِهِ المُلْتَزِمُ، وَهَذَا وَجْهُ هَذِهِ الرِّوَايَةِ عَنْهُ. وَوَجْهُ التَّوَقُّفِ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي الفُضُولِيِّ فِي النِّكَاحِ. وَلَهُمَا أَنَّ فِيهِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ وَهُوَ تَمْلِيكُ المُطَالَبَةِ مِنْهُ فَيَقُومُ بِهِمَا جَمِيعًا وَالمَوْجُودُ شَطْرُهُ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ المَجْلِسِ (إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ أَنْ يَقُولَ المَرِيضُ لِوَارِثِهِ تَكَفَّلْ عَنِّي بِمَا عَلَيَّ مِنَ الدَّيْنِ

التِزَامٍ، هذا وجه القول الذي لا يشترط الإجازة من الكفول له، يقول: إن الكفالة التزام من الكفيل من غير أن يكون بمقابلته التزام على غيره، والالتزام يتم بالملتزم وحده كالإقرار؛ وهذا لأنَّه تصرف منه في ذمته وله ولايةٌ على ذمته فلا يتعدَّى ضرره إلى الطالب؛ لأنَّه لا يزداد بالكفالة حق الطالب.

قوله: وَوَجْهُ التَّوَقُّفِ، هو أن عند أبي يوسف رحمه الله يجعل كلام الواحد كالعقد التام حتى يتوقف على ما وراء المجلس، فكذلك هاهنا؛ لأنَّه لا ضرر على أحد في هذا التوقف.

وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا: الكفالة تبرع وهي تبرع على الطالب بالالتزام له، وإنشاء سبب التبرع لا يتم بالتبرع ما لم يقبله المتبَرَّعُ عليه كالهبة والصدقة؛ وهذا لأنَّه التزام حقٍّ بإنشاء عقدٍ، والعقدُ لا يتم بالإيجاب بدون القبول، ولا يمكن جعل إيجابه قائمًا مقام قبول الآخر؛ لأنَّه لا ولاية له عليه فبقي إيجابه شطر العقد وذلك يبطل بالقيام عن المجلس، بخلاف الإقرار؛ فإنه إخبار عن واجب سابق والإخبار يتم بالمخبر، ثم يتعدَّى ضررُ هذا الالتزام إلى الطالب، فإن على قول بعض العلماء الكفالة إذا صحت برئ الأصيل، فلعل الأمر يرفع إلى قاضٍ يرى ذلك فيحكم ببراءة الأصيل عن حق الطالب وفيه ضرر عليه، فلذلك لا تصح الكفالة إلا بقبوله، وعلى هذا لو خاطب فضوليٌّ عن الطالب على قولهما يتوقف على إجازة الطالب، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله هو جائز قبله الفضولي أو لم يقبله، كذا في «المبسوط».

قوله: إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ، والاستثناء من قوله: إِلَّا بِقَبُولِ المَكْفُولِ لَهُ، أي: تصح الكفالة بدون قبول المكفول له، لكن هذا جواب الاستحسان، وأمَّا في جواب القياس

فَكَفَلَ بِهِ مَعَ غَيْبَةِ الغُرَمَاءِ جَازَ)؛ لِأَنَّ ذَلِكَ وَصِيَّةٌ فِي الحَقِيقَةِ وَلِهَذَا تَصِحُّ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ المَكْفُولَ لَهُمْ، وَلِهَذَا قَالُوا: إِنَّمَا تَصِحُّ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ أَوْ يُقَالُ إِنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الطَّالِبِ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ تَفْرِيغًا لِذِمَّتِهِ وَفِيهِ نَفْعُ الطَّالِبِ فَصَارَ كَمَا إِذَا حَضَرَ بِنَفْسِهِ،

فلا يجوز على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في هذه المسألة أيضًا؛ لأنَّ الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان إلا بقبوله؛ لأن الصحيح لو قال هذا لورثته أو لغيرهم لم يصح إذا ضمنوه، فكذلك المريض.

قوله: لِأَنَّ ذَلِكَ وَصِيَّةٌ فِي الحَقِيقَةِ، كان من حق التعليل أن يقال: فيه معنى الوصية، لا أن يكون ذلك وصيةً من كل وجه؛ لأنَّه لو كان ذلك وصية لما اختلف الحكم بين حالة الصحة وبين حالة المرض، وقد ذكرنا من «المبسوط» أن هذا لا يصح منه في حالة الصحة، والصحيح من التعليل ما ذكره في «المبسوط» و«الإيضاح»، فقال في «المبسوط» و«الإيضاح»:

وفي الاستحسان يصح؛ لأنَّ حق الغرماء والورثة يتعلق بتركته بمرضه على أن يتم ذلك بموته، وتتوجه المطالبة على الورثة بقضاء ديونهم من التركة، فقام المطلوب في الخطاب لورثته مقام الطالب أو نائبه؛ لأنَّه يقصد به النظر لنفسه حتى يفرغ ذمته بقضاء الدين من تركته؛ وهذا لأنَّ دين الغرماء لمَّا تعلق بماله نزل المريض منزلة الأجنبي، حتى لم تنفذ تصرفاته إذا كانت مبطلة لحق الغرماء، فإذا نزل منزلة الأجنبي صار كما لو خاطبه الأجنبيّ فقال: اضمن لفلان، فقال: قد فعلتُ، فإنه يتم الضمان، كذلك هاهنا، بخلاف ما إذا كان صحيحًا فإنه لا حقَّ لأحد في ماله، ولا مطالبة بشيءٍ من دينه قبل ورثته، فلا يقوم هو مقام الطالب في الخطاب لهم بهذا الضمان.

قوله: أَوْ يُقَالُ إِنَّهُ قَائِمٌ - أي: إن المريض قائم - **مَقَامَ الطَّالِبِ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ**، أي: لحاجة المريض إلى إقامة نفسه مقام الطالب في تفريغ ذمة نفسه.

قوله: وَفِيهِ نَفْعُ الطَّالِبِ - أيضًا وهو وصول حقه إليه - **فَصَارَ كَمَا إِذَا حَضَرَ بِنَفْسِهِ**، أي: فصار كما إذا حضر الطالب وهو المكفول له فقال للوارث: تكفل عن أبيك لي.

وَإِنَّمَا يَصِحُّ بِهَذَا اللَّفْظِ، وَلَا يُشْتَرَطُ القَبُولُ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّحْقِيقُ دُونَ المُسَاوَمَةِ ظَاهِرًا فِي هَذِهِ الحَالَةِ فَصَارَ كَالأَمْرِ بِالنِّكَاحِ، وَلَوْ قَالَ المَرِيضُ ذَلِكَ لِأَجْنَبِيٍّ اخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِيهِ.

قوله: وَلَا يُشْتَرَطُ القَبُولُ؛ - أي: قبول المريض - لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّحْقِيقُ دُونَ المُسَاوَمَةِ، هذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال: لمَّا كان المريض قائمًا مقام الطالب ينبغي أن يكون قبول المريض شرطًا كما يشترط قبول الطالب في مثل هذا؛ لما أن الكفالة لا تصح بدون قبول المكفول له كما لو قال المشتري لرجل: بعنِي، فقال البائع: بعتُ، لم يتم البيع حتى يقول المشتري: اشتريتُ، ولا يقوم قوله: بعنِي، مقام قوله: اشتريتُ وقال في جوابه، فالظاهر من حال المريض أن يريد بهذا التحقيق دون المساومة، فكان قوله: تكفل، بمنزلة قوله: قبلتُ الكفالة، فلذلك لم يحتج إلى القبول، وإنما كان هكذا تحقيقًا لتفريغ ذمته عن الدين، فكان هذا نظير قول الرجل لامرأة: زوّجنِي نفسك، فقالت المرأة: زوجتُ، كان هذا بمنزلة قولهما: زوجتُ وقبلتُ.

قوله: وَلَوْ قَالَ المَرِيضُ ذَلِكَ لِأَجْنَبِيٍّ اخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِيهِ، يعنِي: أن المريض إذا قال ذلك لأجنبيّ فضمن الأجنبي دينَه بالتماسه منه، فمن المشايخ من يقول: هذا لا يجوز؛ لأنَّ الأجنبي غير مطالَب بقضاء دينه بدون الالتزام، فكان المريضُ في حقه والصحيح سواءً، فلمَّا كان كذلك، ولو قال الصحيح للأجنبي أو لوارثه ذلك كان لم يصح بدون قبول المكفول له، فكذا في المريض.

ومنهم من يقول: يصح هذا الضمان؛ لأنَّ المريض قصد به النظر لنفسه، والأجنبي إذا قضى دينه بأمره يرجع به في تركته، فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائمًا مقام الطالب ليضيق الحال عليه بمرض الموت، ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فأخذنا فيه بالقياس، ثم هذا من المريض صحيح وإن لم يسمّ الدين ولا صاحب الدين؛ لأنَّه إنما يصح بطريق الوصيَّة منه لورثته بأن يقضوا ديونَه والجهالة لا تمنع صحة الوصية، كذا في «المبسوط».

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ وَلَمْ يَتْرُكْ شَيْئًا فَتَكَفَّلَ عَنْهُ رَجُلٌ لِلْغُرَمَاءِ لَمْ تَصِحَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: تَصِحُّ) لِأَنَّهُ كَفَلَ بِدَيْنٍ ثَابِتٍ لِأَنَّهُ وَجَبَ لِحَقِّ الطَّالِبِ، وَلَمْ يُوجَدِ الْمُسْقِطُ وَلِهَذَا يَبْقَى فِي حَقِّ أَحْكَامِ الآخِرَةِ، وَلَوْ تَبَرَّعَ بِهِ إِنْسَانٌ يَصِحُّ، وَكَذَا يَبْقَى إِذَا كَانَ بِهِ كَفِيلٌ أَوْ مَالٌ. وَلَهُ أَنَّهُ كَفَلَ بِدَيْنٍ سَاقِطٍ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ

قوله: وَإِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ وَلَمْ يَتْرُكْ شَيْئًا فَتَكَفَّلَ عَنْهُ رَجُلٌ لِلْغُرَمَاءِ - سواء كان ذلك الرجل الذي كفل للغريم ابنه أو أجنبيًا - **لَمْ تَصِحَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ**، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله: يصح ويلزمه جميع ما كفل به، وحجتهم في ذلك ما رُوِيَ: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلم أتى بجنازة رجل من الأنصار ليصلى عليه، فقال صلَّى الله عليه وسلم: هل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم درهمان أو ديناران، فامتنع عن الصلاة عليه وقال: صلوا على صاحبكم، فقام أبو قتادة رضي الله عنه فقال: هما عليَّ يا رسول الله، وفي رواية: قال ذلك عليٌّ رضي الله عنه، فصلى عليه رسول الله صلَّى الله عليه وسلم»، فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة.

ولأن صحة الكفالة تبنى على كون المكفول به مضمونًا مقدورًا على تسليمه، وما تغيَّر الوصفان بالموت، أمَّا أصل الضمان فلأن الموت لم يشرع مبرئًا للحقوق؛ وذلك لأن وجوب الدين في حال حياته لا يسقط إلا بالإيفاء، أو الإبراء، أو انفساخ سبب الوجوب، وبالموت لا يتحقق شيء من ذلك، ألا ترى أنه يطالب به في الآخرة، ولو كان الموت عن وفاء، أو كان به كفيل لم يثبت البراءة، وأمَّا القدرة على التسليم؛ فلأن التسليم حال الحياة يجب على الكفيل من ماله وهذه القدرة باقية، كذا في «المبسوط» و«الأسرار».

قوله: لِأَنَّهُ وَجَبَ، أي: لأنَّ الدين وجب.

قوله: وَلَوْ تَبَرَّعَ بِهِ - أي: بأداء الدين - **يَصِحُّ**، ولو برئ المفلس عن الدين بالموت لما حل لصاحبه الأخذ من التبرع؛ لأنَّ الدين هو الفعل؛ لأنَّ المراد من قولنا: على فلان دينٌ، أي: أداء دين، والدينُ واجب عليه، أي: أداؤه، فعُلِم بهذا أن المراد من ذكر الدين أداؤه فإنه

هُوَ الفِعْلُ حَقِيقَةً وَلِهَذَا يُوصَفُ بِالوُجُوبِ. لكِنَّهُ فِي الحُكْمِ مَالٌ لِأَنَّهُ يَئُولُ إِلَيْهِ فِي المَآلِ وَقَدْ عَجَزَ بِنَفْسِهِ وَبِخَلَفِهِ فَفَاتَ عَاقِبَةُ الِاسْتِيفَاءِ فَيَسْقُطُ ضَرُورَةً، وَالتَّبَرُّعُ لا يَعْتَمِدُ قِيَامَ الدَّيْنِ، وَإِذَا كَانَ بِهِ كَفِيلٌ أَوْ لَهُ مَالٌ فَخَلَفَهُ أَوِ الإِفْضَاءُ إِلَى الأَدَاءِ بَاقٍ.

كما يقال: وجب الدين، فكذلك: وجبت الصلاة، أي: أداؤها فعلم بهذا أن المراد من ذكر الدين أداؤه فإنه كما يقال: وجب الدين، فكذلك يقال: وجبت الصلاة، أي: أداؤها، ولمَّا كان كذلك سقط أداء المديون بنفسه بموته من غير تردّد سواء كان الموت عن وفاء أو عن غير وفاء، وسقط أداؤه بخلفه وهو ذمة الكفيل، أو التركة إذا مات مفلساً من غير كفيل، فيسقط ضرورة في حق أحكام الدنيا، وصحة الكفالة تقتضي قيام الدين في الدنيا حتى يصح تحقيق معنى الكفالة، وهو ضم الذمة إلى الذمة في حق وجوب المطالبة، والمطالبة ساقطة من المديون في هذه الصورة، فكان في القول بالكفالة هاهنا يلزم ضمُّ الموجود إلى المعدوم، وذلك لا يجوز.

قوله: وَالتَّبَرُّعُ لا يَعْتَمِدُ قِيَامَ الدَّيْنِ، أي: في حق المديون، ألا ترى أن رجلًا لو قال: لفلان على فلان كذا من المال وأنا كفيل به، صحَّت الكفالة وعليه أداؤه وإن لم يوجد الدين أصلًا، ثم **قوله:** وَالتَّبَرُّعُ، إلى آخره، **وقوله:** وَإِذَا كَانَ بِهِ كَفِيلٌ أَوْ لَهُ مَالٌ، إلى آخره، جواب عن قول أبي يوسف رحمه الله، يعني: إذا كان له كفيلٌ أو مالٌ بأن مات المديون وترك كفيلًا أو مالًا يكون الدين عليه باقيًا بعد الموت؛ لأنَّه لم يعجز عن أداء الدين بخلفه وإنما عجز عن أدائه بنفسه.

وقوله: فَخَلَفَهُ - أي: الكفيلُ والمالُ خلف الميت في حق بقاء الدين - أَوِ الإِفْضَاءُ إِلَى الأَدَاءِ بَاقٍ، يعني: أن الكفيل والمال خلف الميت، أو إن لم يكونا خلفاً فرجاء أداء الدين باقٍ بوجودهما فيبقى الدين لذلك في حق الدنيا.

وفي بعض النسخ: إِذِ الإِفْضَاءُ، على وجه التعليل **لقوله:** فَخَلَفَهُ، يعني: أن كل واحد من الكفيل والمال خَلَفُ الميت؛ لأنَّ رجاء أداء الدين منهما باق فيكونان خلفًا له لوجود

....

معنى الخلفية فيهما، وهو كفاية أمر الأصل عند عدمه وهذا كذلك، فكان كل واحد منهما خلفًا له.

وذكر في «الأسرار»: وأداء المتبَرّع يجوز؛ لأنَّه يبرأه في حق الآخرة؛ ولأنا نجعل الدين باقيًا في حق المؤدَّى إليه، والثبوت في جانبه لصحة الأداء؛ لأنَّه أمرٌ بينهما، وأمَّا الكفالة فبين الكفيل والأصيل؛ لأنَّه يلتزم ما على الأصيل.

وذكر في «المبسوط»: والحديث المرويّ في الباب يحتمل أن يكون ذلك من أبي قتادة، أو عليّ رضي الله عنهما إقرارًا بكفالة سابقة، فإن لفظ الإقرار والإنشاء في الكفالة سواء ولا عموم لحكاية الحال، ويحتمل أن يكون وعدًا منهما لا كفالةً، وقد كان رسول الله صلَّى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة على ميت ليظهر طريق لقضاء ما عليه، فلمَّا ظهر الطريق بوعدهما صلى عليه لهذا، ألا ترى إلى ما رُوي: «أنه كان يقول لعليٍّ رضي الله عنه بعد ذلك: ما فعل الديناران؟ حتى قال يومًا: قضيتُهما، فقال: الآن بردت عليه جلدتُه»، ولم يجبره على الأداء، وبه تبين أنه كان وعدًا لا كفالة.

وأمَّا الجواب عن المعنى هو أن الكفالة لالتزام المطالبة للمضمون الذي على الأصيل، ودين الذي مات مفلسًا في حكم الساقط من جانب المديون في أحكام الدنيا، بدليل أنه لا يظهر في حقه شيءٌ من أحكام الوجوب في الدنيا، والكفالةُ من أحكام الدنيا فيقضى وجوبًا دنياوِيًّا من الدين ليثبت حقيقة الكفالة.

فإن قلتَ: هاهنا مسائل تدل على أن بقاء الدين في أحكام الدنيا على المفلس الذي مات مديونًا، ويدل أيضًا على أن عدم جواز المطالبة بالدين لا يدل على سقوط الدين، ولمَّا لم يدل عليه والدين كان ثابتًا قبل الموت فيبقى كذلك لعدم السقط، فيجب أن تصح الكفالة عنه، وهي أن المشتري لو مات مفلسًا قبل أداء الثمن لم يبطل العقد، ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلسًا لبطل العقد، كمن اشترى بفلوس في الذمة فكسدت الفلوس قبل القبض بطل العقد لهلاك الثمن في نفسه، ولمَّا لم يبطل هاهنا علم أن الدين عليه باق في حكم الدنيا، وكذلك لو كان بالدين هاهنا كفيل بقي الكفيل على كفالته، فبقاء الكفيل على كفالته

....

من الأحكام الدنياويَّة وهو يقتضي بقاء الدين على ذمة المكفول عنه؛ إذ لو سقط عنه الدين في حكم الدنيا لما بقيت كفالته بالدين؛ لما أن سقوط الدين عن الأصيل يوجب براءة الكفيل.

وكذلك لو كان بالدين رهن يبقى الرهن على حاله، فإن مات مفلسًا بأن كان الرهن مستعارًا من إنسان وبقاء الرهن لا يكون إلا باعتبار بقاء الدين؛ ولأن تعذر المطالبة لمعنى لا يدل على بطلان الدين، كما لو أفلس في حال الحياة، وكالعبد المحجور عليه إذا أقرَّ بدين عليه ثم كفل عنه كفيل به صح، وإن كان لا يطالب به في حال رقه؛ لأنَّ الحق مطلوب في نفسه، فكذلك تعذر المطالبة بالدين لا يدل على سقوط الدين في الدنيا كما قبل الممات.

قلتُ: أمَّا الأول: وهو أن المشتري إذا مات مفلسًا لم يبطل؛ لما أنَّ الدين لا يبطل في حق المستحق حتى لو تبرع به أجنبيّ جاز له أن يأخذ عن دينه، وهو دليل على بقاء الدين في حق صاحب الدين؛ لأنَّه لم يخرج من أن يكون مستحقًّا بموت المديون، وحكم السقوط عن المديون لضرورة فقدان المحل فيتقدر بقدر الضرورة، وأمَّا إذا كسدت الفلوس بطل الملك في حق المشتري فلذلك انتقض العقد، وأمَّا هاهنا فالدينُ باقٍ في حق صاحب الحق فلا يبطل العقد، وكذلك إذا مات المديون مفلسًا وله كفيل إنما لا يبرأ الكفيل بموته؛ لأنَّ ذمة الكفيل بموته هاهنا خلفٌ عن ذمة المديون وهو المكفول عنه، وبعد صحة الكفالة قد يتحول الدين إلى ذمة الكفيل عند الضرورة، وهو عند أداء الكفيل أو الهبة له على ما ذكرنا، وقد تحققت الضرورة هاهنا، فلهذا بقي الكفيل على كفالته، وكذلك الرهن فإن الرهن خلف الذمة فيما هو المقصود، وهو استيفاء الدين منه عند تعذّر استيفائه من محل آخر.

ثم إنما تصح الكفالة عن المفلس في حالة الحياة؛ لما أن ذمته محل صالح لوجوب الحق فيها ابتداءً فيبقى الواجب، وإنما لا يطالب في الحال للنظرة إلى ميسرته بالنص، وذلك لا يدل على سقوط الدين فتصح الكفالة، وكذلك العبد فإن له ذمة صالحة لوجوب الحق فيها وإن ضعفت ذمَّته بسبب الرق فتصح الكفالة عنه، وأمَّا إذا مات فخرج من أن يكون أهلًا لالتزام شيء من الحقوق في أحكام الدنيا فعرفنا أنه لم يبق له ذمة صالحة لكونها محلًّا للحق، ولكنه في أحكام الآخرة معدّ للحياة فتبقى الذمة في أحكام الآخرة، ولهذا كان مؤاخذًا به

قَالَ: (وَمَنْ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِأَلْفٍ عَلَيْهِ بِأَمْرِهِ فَقَضَاهُ الأَلْفَ قَبْلَ أَنْ يُعْطِيَهُ صَاحِبُ المَالِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا) لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ القَابِضِ عَلَى احْتِمَالِ قَضَائِهِ الدَّيْنَ فَلَا يَجُوزُ المُطَالَبَةُ مَا بَقِيَ هَذَا الِاحْتِمَالُ، كَمَنْ عَجَّلَ زَكَاتَهُ وَدَفَعَهَا إِلَى السَّاعِي، وَلِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالقَبْضِ

وهو غير معدّ للحياة في الدنيا عادةً فلا تبقى الذمة في أحكام الدنيا، وهذا الدين في حكم المطالبة دون دين الكتابة، فالمكاتب يطالب بالمال وإن كان لايحبس فيه، ثم هناك الكفالة لا تصح فهاهنا أَوْلَى، هذا كله من «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَمَنْ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِأَلْفٍ عَلَيْهِ بِأَمْرِهِ فَقَضَاهُ الأَلْفَ قَبْلَ أَنْ يُعْطِيَهُ صَاحِبُ المَالِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا، الضمير المستكن في: قَضَاهُ، راجع إلى رجل، والضمير البارز راجع إلى: مَنْ وهو الكفيل، والضمين المستكن في: قَبْلَ أَنْ يُعْطِيَهُ، راجع إلى الكفيل، والبارز إلى الألف على تأويل المال، وقوله: صَاحِبُ المَالِ، بالنصب على أنه مفعول ثان؛ لأنَّ: يُعْطِيَهُ، والضمير في قوله: لَهُ، راجع إلى المكفول عنه، وفي: فِيهَا، إلى الألف، أي: قضى المكفول عنه إلى الكفيل الألفَ قبل أن يعطي الكفيل صاحبَ المال ما التزمه من المال، فليس للمكفول عنه أن يرجع إلى الكفيل في استرداد تلك الألف التي أعطاهاهُ، أي: ليس للمكفول عنه أن يسترد الألف من الكفيل؛ لأنَّ الأصيل إنما دفع المالَ إلى الكفيل ليصير حقًّا له إذا أدَّى الكفيل حق الطالب من مال نفسه، فما لم يبطل ذلك الاحتمالُ بأداء الأصيل بنفسه حق الطالب لا يكون له أن يستردَّه، كمن اشترى شيئًا بشرط الخيار فنقد الثمن قبل سقوط الخيار ثم أراد أن يسترد قبل نقض المبيع لا يملك؛ لأنَّ الدفع كان لغرض وهو أن يصير ثمنًا عند سقوط الخيار، فما بقي ذلك الاحتمال لم يكن له أن يسترد، كذلك هاهنا؛ ولأن ذلك سعيٌ في نقض ما أوجبه فلا يصح.

قوله: وَلِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالقَبْضِ، أي: ولأن الكفيل ملك الألف بالقبض، هذا إذا كان الدفع إلى الكفيل على وجه الاقتضاء بأن دفع المال إليه وقال: إنِّي لا آمن أن يأخذ الطالب منك

عَلَى مَا نَذْكُرُ، بِخِلَافِ مَا إذَا كَانَ الدَّفْعُ عَلَى وَجْهِ الرِّسَالَةِ لِأَنَّهُ تَمَحَّضَ أَمَانَةً فِي يَدِهِ (وَإِنْ رَبِحَ الكَفِيلُ فِيهِ فَهُوَ لا يَتَصَدَّقُ بِهِ) لِأَنَّهُ مَلَكَهُ حِينَ قَبَضَهُ، أَمَّا إذَا قَضَى الدَّيْنَ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إذَا قَضَى المَطْلُوبُ بِنَفْسِهِ وَثَبَتَ لَهُ حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ؛

حقه وإنّي أقضيك قبل أن يؤدّى، فقضى وهو قبضه.

وقوله: عَلَى مَا نَذْكُرُ، وهو قوله بعده بخطين: أَمَّا إذَا قَضَى الدَّيْنَ فَظَاهِرٌ، إلى آخره.

قوله: بِخِلَافِ مَا إذَا كَانَ الدَّفْعُ - إلى الكفيل - عَلَى وَجْهِ الرِّسَالَةِ، نحو أن يقول الأصيل للكفيل: خذ هذا المال وادفع إلى الطالب، هذا احتراز عن الدفع إلى الكفيل على وجه الاقتضاء على ما ذكرنا تفسيرَه.

قوله: وَإِنْ رَبِحَ الكَفِيلُ فِيهِ - أي: في الألف - فَهُوَ - لهُ و - لا يَتَصَدَّقُ بِهِ، هذا إذا كان قبضه على وجه الاقتضاء، وأمّا إذا قبضه على وجه الرسالة فلا يطيبُ له الربح في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

قوله: لِأَنَّهُ مَلَكَهُ حِينَ قَبَضَهُ؛ لأنَّ الكفيل متى قبض الدين من المكفول عنه فقد استعجل ماله من الدين المؤجل قبل المكفول عنه، وصاحب الدين متى استعجل الدين المؤجل يملكه بالاستعجال كما في سائر الديون المؤجّلة؛ وذلك لأنَّ الكفالة توجب الدينين: دينًا للطالب على الكفيل، ودينًا للكفيل على المكفول عنه، لكن دينُ الطالب حالٌ ودين الكفيل مؤجَّل إلى وقت الأداء، من حيث أنه تأخير مطالبته بما وجبَ له على المكفول عنه إلى ما بعد الأداء، ولهذا لو أخذ الكفيلُ من الأصيل رهنًا بهذا المال يصح بمنزلة ما لو أخذ رهنًا بدين مؤجل، ولو أبرأ الكفيلُ الأصيلَ قبل الأداء إلى الطالب من الدين؛ أو وهبه منه يجوز، حتى لو أدّى الكفيلُ إلى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الأصيل، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والإمام المحبوبي رحمهما الله.

قوله: أَمَّا إذَا قَضَى الدَّيْنَ، أي: قضى الكفيل.

قوله: وَكَذَا إذَا قَضَى المَطْلُوبُ بِنَفْسِهِ، أي: أدّى المديونُ دينَه بنفسه إلى رب الدين.

لِأَنَّهُ وَجَبَ لَهُ عَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ مِثْلُ مَا وَجَبَ لِلطَّالِبِ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنَّهُ أُخِّرَتِ المُطَالَبَةُ إِلَى وَقْتِ الأَدَاءِ فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ، وَلِهَذَا لَوْ أَبْرَأَ الكَفِيلُ المَطْلُوبَ قَبْلَ أَدَائِهِ يَصِحُّ، فَكَذَا إِذَا قَبَضَهُ يَمْلِكُهُ إِلَّا أَنَّ فِيهِ نَوْعَ خُبْثٍ نُبَيِّنُهُ فَلَا يَعْمَلُ مَعَ المِلْكِ فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي البُيُوعِ (وَلَوْ كَانَتِ الكَفَالَةُ بِكُرِّ حِنْطَةٍ فَقَبَضَهَا الكَفِيلُ فَبَاعَهَا وَرَبِحَ فِيهَا فَالرِّبْحُ لَهُ فِي الحُكْمِ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مَلَكَهُ. قَالَ: (وَأَحَبُّ إِلَيَّ

قوله: لِأَنَّهُ وَجَبَ لَهُ، أي: للكفيل.

قوله: لِلطَّالِبِ عَلَيْهِ، أي: على الكفيل، وقيل: أي: على المكفول عنه؛ لأنَّ الكفالة هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة لا في الدين، ولكن قد ذكرنا من رواية «الجامع الصَّغير» لقاضي خان، والمحبوبي رحمهما الله من وجوب الدين للطالب على الكفيل، فحينئذٍ يكون المراد من **قوله:** لِلطَّالِبِ عَلَيْهِ، أي: على الكفيل.

قوله: لَوْ أَبْرَأَ الكَفِيلُ المَطْلُوبَ قَبْلَ أَدَائِهِ، أي: قبل أداء الكفيل.

قوله: إِلَّا أَنَّ فِيهِ نَوْعَ خُبْثٍ، أي: على قول أبي حنيفة رضي الله عنه في الربح الذي حصل للكفيل بتصرفه في ذلك المقبوض الذي قبضه على وجه الاقتضاء، ثم أدَّى المديون الدين يثبت فيه نوع خبث، وأمَّا إذا قضاه الكفيل فلا خبث في الربح أصلًا في قولهم جميعًا، وأمَّا إذا كان قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

قوله: نُبَيِّنُهُ، وهو قوله في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله: وَلَهُ أَنَّهُ تَمَكَّنَ الخُبْثُ مَعَ المِلْكِ، إلى آخره.

قوله: وَلَوْ كَانَتِ الكَفَالَةُ بِكُرِّ حِنْطَةٍ - أي: فأعطاها المكفول عنه إلى الكفيل - فَبَاعَهَا - الكفيل - وَرَبِحَ فِيهَا.

قوله: قَالَ، أي: قال أبو حنيفة رحمه الله.

أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى الَّذِي قَضَاهُ الكُرَّ وَلا يَجِبُ عَلَيْهِ فِي الحُكْمِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: هُوَ لَهُ وَلا يَرُدُّهُ عَلَى الَّذِي قَضَاهُ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْهُ، وَعَنْهُ أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِهِ. لَهُمَا أَنَّهُ رَبِحَ فِي مِلْكِهِ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ فَيُسَلَّمُ لَهُ. وَلَهُ أَنَّهُ تَمَكَّنَ الخُبْثُ مَعَ المِلْكِ، إِمَّا لِأَنَّهُ بِسَبِيلٍ مِنَ الاسْتِرْدَادِ بِأَنْ يَقْضِيَهُ بِنَفْسِهِ، أَوْ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ عَلَى اعْتِبَارِ قَضَاءِ الكَفِيلِ، فَإِذَا قَضَاهُ بِنَفْسِهِ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِهِ وَهَذَا الخُبْثُ يُعْمَلُ فِيمَا يَتَعَيَّنُ فَيَكُونُ سَبِيلُهُ التَّصَدُّقَ فِي رِوَايَةٍ، وَيَرُدُّهُ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةٍ لِأَنَّ الخُبْثَ لِحَقِّهِ، وَهَذَا أَصَحُّ لَكِنَّهُ اسْتِحْبَابٌ لا جَبْرٌ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ.

قوله: أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى الَّذِي قَضَاهُ، أي: أن يردَّ الكفيلُ الربح على المكفول عنه وهو الذي قضاه أصل المال.

قوله: أَوْ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ، أي: لأن المكفول عنه رضي بكون المدفوع ملكاً للكفيل.

قوله: لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِهِ، أي: بكون المدفوع مِلكاً للكفيل.

قوله: وَيَرُدُّهُ عَلَيْهِ، أي: على المكفول عنه.

قوله: لِأَنَّ الخُبْثَ لِحَقِّهِ، أي: لحق المكفول عنه، لا لحق الشرع.

قوله: وَهَذَا أَصَحُّ، أي: الرد على المديون أصح.

قوله: لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ، أي: للكفيل، والدليل على ما قلنا: من تفصيل الخبث في القبض على وجه الرسالة، أو على وجه الاقتضاء وغيره، ما ذكره الإمام قاضي خان بقوله: وهذه المسألة على وجهين:

أحدهما: أن يدفع إلى الكفيل على وجه الرسالة بأن قال للكفيل: خذ هذا المال وادفع

قَالَ: (وَمَنْ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِألْفٍ عَلَيْهِ بِأَمْرِهِ فَأَمَرَهُ الأَصِيلُ أَنْ يَتَعَيَّنَ عَلَيْهِ حَرِيرًا

إلى الطالب، فأخذ وتصرف فيه وربح لا يطيب له الربح في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، سواء كان المال من النقود، أو من العروض، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يطيب؛ لأنَّ المال أمانة في يده بمنزلة الوديعة، والمودَع أو الغاصب إذا تصرف في الوديعة أو الغصب وربح عندهما لا يطيب له الربح، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يطيب.

وإن دفع إليه على وجه الاقتضاء بأن دفع المالَ إليه وقال: إنِّي لا آمن أن يأخذ الطالب منك حقه وإنِّي أقضيك قبل أن تؤدي، فقضى وتصرف فيه وربح، فإن أخذ الطالب بعد ذلك حقه من الكفيل سلم للكفيل ما أخذ من الأصيل وطالب له الربح في قولهم جميعـًا، وإن أخذ الطالب حقه من الأصيل وجب على الكفيل ردّ ما قبض.

وهل يطيب له الربح؟ فإن كان المقبوض ممَّا لا يتعين بالتعيين طابَ له الربح في قولهم، وإن كان المقبوض ممَّا يتعين بالتعيين فكذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، واختلفت الروايات في قول أبي حنيفة رحمه الله، في رواية كتاب البيوع يطيب الربح للكفيل، وذكر في هذا الكتاب وكتاب الكفالة من الأصل: أنه لا يطيب، إلا أن في رواية هذا الكتاب يرد الربح على الأصيل، وفي رواية كتاب الكفالة يتصدق به.

ولأبي يوسف ومحمد: أن عقد الكفالة يوجبُ دينين: دينًا للطالب على الكفيل، ودينًا للأصيل على الكفيل إلى آخر ما ذكرنا، فكان الربح حاصلًا له في ملك نفسه فيطيب له.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن ملك الكفيل في الحال متردد، إن أخذ الطالب حقه يتقرر، وإن أخذ حقه من الأصيل ينتقض ملك الكفيل في المقبوض فكان الملك قاصرًا، ولو انعدم الملك أصلًا كان الربح خبيثًا، فإذا كان قاصرًا يتمكن فيه شبهة الخبث فلا يطيب له فيتصدق به في رواية؛ لأنَّ سبيل الخبث التصدق، وفي رواية يرد على الأصيل؛ لأنَّ الخبث ثبت لحقِّه، فإن ردها عليه إن كان الأصيل فقيرًا طابَ له، وإن كان غنيًّا ففيه روايتان، والأشبه أنه يطيب له؛ لأنَّه إنما ورد عليه باعتبار أنه حقه.

قولـه: فَأَمَرَهُ الأَصِيلُ أَنْ يَتَعَيَّنَ عَلَيْهِ، أي: على الأصيل، أي: أمر الأصيلُ الكفيلَ أن يعامل

فَفَعَلَ فَالشِّرَاءُ لِلْكَفِيلِ وَالرِّبْحُ الَّذِي رَبِحَهُ البَائِعُ فَهُوَ عَلَيْهِ) وَمَعْنَاهُ الأَمْرُ بِبَيْعِ العِينَةِ مِثْلُ أَنْ يَسْتَقْرِضَ مِنْ تَاجِرٍ عَشَرَةً فَيَتَأَبَّى عَلَيْهِ وَيَبِيعَ مِنْهُ ثَوْبًا يُسَاوِي عَشَرَةً بِخَمْسَةَ عَشَرَ مَثَلًا رَغْبَةً فِي نَيْلِ الزِّيَادَةِ لِيَبِيعَهُ المُسْتَقْرِضُ بِعَشَرَةٍ وَيَتَحَمَّلَ عَلَيْهِ خَمْسَةً؛ سُمِّيَ بِهِ لِمَا فِيهِ مِنَ الإِعْرَاضِ عَنِ الدَّيْنِ إِلَى العَيْنِ، وَهُوَ مَكْرُوهٌ لِمَا فِيهِ مِنَ الإِعْرَاضِ عَنْ مَبَرَّةِ الإِقْرَاضِ مُطَاوَعَةً لِمَذْمُومِ البُخْلِ.

إنساناً بطريق العينة، فكان معنى **قوله: يَتَعَيَّنَ عَلَيْهِ حَرِيرًا**، يعني: اشتر لي حريرًا بعينه ثم بِعْه بالنقد بأقل منه واقض ديني، فإذا فعل يصير الوكيل مشتريًا لنفسه، كما لو وكله بشراء شيء؛ لأنَّه لم يصر وكيلًا عنه بحكم هذا الأمر، فإنه لم يبين مقدار الحرير ولا مقدار الثمن، ومثل هذا التوكيل لا يصح، فإذا صار مشتريًا لنفسه فالربح الذي ربحه البائع على المشتري وهو الكفيل دون المكفول عنه، وإن ضمن المكفول عنه بقوله: تعيَّن عليَّ؛ لأنَّ معناه: إن بعتُ بأقل من ذلك فالخسرانُ عليَّ، والخسران غير مضمون على آخر فكانت الكفالة باطلة، كرجل قال لآخر: بايع في هذا السوق على أن كل وضيعة وخسرانٍ يصيبك فأنا ضامن به لك، كان باطلًا، وإنما كان هذا الضمان باطلا؛ لأنَّ الضمان إنما يصح بما هو مضمون، والخسرانُ غير مضمون فلا يصح ضمانه، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

وقوله: مِثْلُ أَنْ يَسْتَقْرِضَ مِنْ تَاجِرٍ، إلى آخره، اعلم أن لبيع العينة صورتين:

إحداهما: هي التي ذكرها في الكتاب.

والثانية: أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثاً في هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب، فيبيع صاحب الثوب الثوبَ من المستقرض باثني عشر من المستقرض، ثم إن المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب إليه، ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعُها إلى المقرض فيندفع حاجته، وإنما خلَّلا بينهما ثالثًا تحرزًا عن شراء ما باع بأقل ممَّا باع قبل نقد الثمن، وهذا النوع من البيع ذميم اخترعه آكلةُ الربوا، وقد ذمَّهم رسول الله صلَّى الله عليه وسلم بذلك فقال: «إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر

ثُمَّ قِيلَ: هَذَا ضَمَانٌ لِمَا يَخْسَرُ الْمُشْتَرِي نَظَرًا إلَى قَوْلِهِ عَلَيَّ وَهُوَ فَاسِدٌ وَلَيْسَ بِتَوْكِيلٍ، وَقِيلَ هُوَ تَوْكِيلٌ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ الْحَرِيرَ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ، وَكَذَا الثَّمَنُ غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ لِجَهَالَةِ مَا زَادَ عَلَى الدَّيْنِ،

ذَلَلتم وظهر عليكم عدوّكم»، وقيل: إيَّاك والعينة فإنَّها تعينه، ومصداقُ هذا الحديث ما دهانا من البلاء، ودهَمْنا من اللاواء، وإذا الناسُ في زماننا بعضهم اشتغلوا بالعين فابتلوا بهذه الفتن، وبعضهم أقبلوا على الجدّ في الزراعة فقُرعوا بقارعة ذات بأس وفظاعة، وعُلماؤهم أخذوا في اقتراب أبواب السلطان فأخذوا بأنواع الافتتان، ﴿رَبَّنَا ظَلَمْنَآ أَنفُسَنَا وَإِن لَّمْ تَغْفِرْ لَنَا وَتَرْحَمْنَا لَنَكُونَنَّ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ ﴿٢٣﴾﴾ [الأعراف: ٢٣]، ﴿رَّبَّنَا ٱكْشِفْ عَنَّا ٱلْعَذَابَ إِنَّا مُؤْمِنُونَ ﴿١٢﴾﴾ [الدخان: ١٢]، كذا ذكره الإمام المرغيناني رحمه الله في «الفوائد»، خصوصاً في هذا الوقت الذي نحن فيه، حيث نزل بيع العينه منزلة البياعات الصحيحة بالنسبة إلى بياعات هذا الزمان، فلا جرم ابتلوا ببلايا أشدَّ ممَّا كان البلاء فيمن قبلهم، كما ذكره الإمام المحبوبي عن محمد بن سلمة رحمهما الله، فإنه كان يقول ببَلْخ للتجار: إن العينةَ التي جاءت في الحديث خيرُ بِيَاعاتكم.

وقوله: نَظَرًا إلَى قَوْلِهِ عَلَيَّ - وهي كلمة ضمان - **وَهُوَ فَاسِدٌ**، أي: الضمان فاسد؛ لما ذكرنا أن الضمان والكفالة إنما يصح بما هو مضمون على المكفول عنه، والخسران غير مضمون على أحد فلا يصح ضمانه.

قوله: وَلَيْسَ بِتَوْكِيلٍ؛ لأنَّه لم يقل: تعيَّن لي، إنما قال: عليَّ، وهي كلمة ضمان.

قوله: وَكَذَا الثَّمَنُ غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ - أي: غير معلوم - **لِجَهَالَةِ مَا زَادَ عَلَى الدَّيْنِ**.

وقوله: لِجَهَالَةِ مَا زَادَ عَلَى الدَّيْنِ، جواب لسؤال مقدر يرد على **قوله: وَكَذَا الثَّمَنُ غَيْرُ** معلوم، بأن يقال: لا نسلم أن الثمن غير معلوم، بل الثمن معلوم وهو أن الأصيل لمَّا قال: **تَعَيَّنَ عَلَيْهِ حَرِيرًا**، صار كأنه قال: باشر بيعَ العينة بمقدار الدين الذي هو عليَّ، والدينُ الذي عليه معلوم والثمن مقدر بمقدار الدين لأمره بذلك، فكان الثمن معلومًا بهذا الطريق فأين

وَكَيْفَمَا كَانَ فَالشِّرَاءُ لِلْمُشْتَرِي وَهُوَ الكَفِيلُ وَالرِّبْحُ: أَيِ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ العَاقِدُ.

قَالَ: (وَمَنْ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَيْهِ أَوْ بِمَا قَضَى لَهُ عَلَيْهِ فَغَابَ المَكْفُولُ عَنْهُ فَأَقَامَ المُدَّعِي البَيِّنَةَ عَلَى الكَفِيلِ بِأَنَّ لَهُ عَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ) لِأَنَّ المَكْفُولَ بِهِ مَالٌ مَقْضِيٌّ بِهِ وَهَذَا فِي لَفْظَةِ القَضَاءِ ظَاهِرٌ، وَكَذَا فِي الأُخْرَى لِأَنَّ مَعْنَى ذَابَ تَقَرَّرَ وَهُوَ بِالقَضَاءِ أَوْ مَالٌ يُقْضَى بِهِ وَهَذَا مَاضٍ أُرِيدَ بِهِ المُسْتَأْنَفُ

جاءت الجهالة؟ فقال في جوابه: سلمنا أن الدين معلوم لكن بيع العينة لا يتحقق إلا بالزيادة على الدين؛ لما ذكرنا من صورتَي بيع العينة حيث لا يكون إلا بأزيد من قيمة السِّلعة، وتلك الزيادة مجهولة؛ لأنَّه لا يعلم كم يزيد البائع على قيمة السِّلعة، فالمزيدُ مع المزيد عليه ثمن السلعة فكان ثمن السلعة غير معلوم بهذا الطريق، فعُلِم بهذا أن عدم معلومية الثمن إنما جاء من جهالة الزيادة، فصح قوله: وَكَذَا الثَّمَنُ غَيْرُ مَعْلُومٍ لِجَهَالَةِ مَا زَادَ عَلَى الدَّيْنِ.

وقوله: وَكَيْفَمَا كَانَ، أي: سواء كان كفالةً أو وكالةً.

قوله: أَنَّ لَهُ عَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ، أي: لم تقبل بينة المدعي على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه؛ لأنَّه كفل بما قضى له على الأصيل بعد الكفالة، فما لم يصر المال مقضيًّا به على المكفول عنه لا يكون الكفيل كفيلًا، فلا يكون خصماً ولا يمكن القضاء على الأصيل بهذه البيِّنة حال غيبته؛ لأنه يكون قضاءً على الغائب وهو لا يصح، فلذلك توقف قبول البيِّنة والقضاء على المكفول عنه إلى أن يحضر حتى يكون الكفيل مطالبًا بالدين المقضيّ به على الأصيل كما شرط في عقد الكفالة، ألا ترى أنه لو أقرَّ الكفيلُ على الأصيل بمال الطالب لا يلزمه إلا إذا حضر الأصيل وقضى عليه فحينئذٍ يلزم الكفيل، وقبل ذلك كانت بينة على الغائب والبينة على الغائب لا تقبل عندنا، حتى لو ادَّعى أن قاضي بلد كذا قضى به على الأصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم وأقام البينة على ذلك قبلت، كذا في شروح «الجامع الصَّغير».

قوله: أَوْ مَالٌ يُقْضَى بِهِ، معطوف على قوله مال: مَقْضِيٌّ بِهِ، وَهَذَا مَاضٍ أُرِيدَ بِهِ

كَقَوْلِهِ: أَطَالَ اللهُ بَقَاءَكَ فَالدَّعْوَى مُطْلَقٌ عَنْ ذَلِكَ فَلَا تَصِحُّ. (وَمَنْ أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ عَلَى فُلَانٍ كَذَا وَأَنَّ هَذَا كَفِيلٌ عَنْهُ بِأَمْرِهِ فَإِنَّهُ يُقْضَى بِهِ عَلَى الكَفِيلِ وَعَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ، وَإِنْ كَانَتِ الكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ يُقْضَى عَلَى الكَفِيلِ خَاصَّةً) وَإِنَّمَا تُقْبَلُ؛

المستقبل كَقَوْلِهِ: أَطَالَ اللهُ بَقَاءَكَ، معناه: يطيل الله، وكذلك ما يكتب في المواثيق: شهد فلان بن فلان بكذا، ويراد به المستقبل.

قوله: فَالدَّعْوَى مُطْلَقٌ عَنْ ذَلِكَ فَلَا تَصِحُّ، أي: دعوى المدعي على الكفيل غير متعرِّض بأن وجوب المال له على المكفول عنه بعد كفالة الكفيل، فلذلك لم تصح دعواه على الكفيل ذلك المال، والكفيل إنما كفل عنه بالمال الذي يجب على المكفول عنه بعد كفالته؛ لما أن المراد من قوله: بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَيْهِ أَوْ بِمَا قَضَى لَهُ عَلَيْهِ، وإن كان ماضيًا لفظًا فالمراد به المستقبل.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: وكذا قوله: ما ذابَ لك على فلان؛ لأنَّ الذوب عبارة عن الوجوب فإنما كفل بمال يجب على المكفول عنه بعد الكفالة، فإذا أقام المدعي البينة أن له على الغائب ألف درهم يحتمل أن يكون واجبًا بعد الكفالة، ويحتمل أن يكون قبله فلا يدخل تحت الكفالة بالشك؛ لأنَّه كفل بمالٍ موصوف بكونه مقضيًا به على الأصيل بعد الكفالة، أو يُقضى به بعدها، فلمَّا لم يوجد بهذه الصفة لا يكون كفيلًا، حتى لو ادعى الوجوب بعد الكفالة وأقام البينة قبلت بينته؛ لأنَّه ادَّعى عليه مالًا دخل في الكفالة.

قوله: وَإِنْ كَانَتِ الكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ يُقْضَى عَلَى الكَفِيلِ خَاصَّةً، للطالب حتى لو أدَّى الكفيل لا يرجع على الأصيل بشيءٍ، وليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الأصيل، ألا ترى أنه لو قال: لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل يجب المال عليه وإن لم يجب على الأصيل شيء، كذا في «الجامع الصَّغير» لشمس الأئمة السرخسي.

قوله: وَإِنَّمَا تُقْبَلُ؛ - أي: إقامة البينة من المدَّعي حتى يقضى بها على الكفيل - لِأَنَّ المَكْفُولَ بِهِ مَالٌ مُطْلَقٌ، أي: غير موصوف بأن يكون المال المكفول به مقضيًا به بعد الكفالة

لِأَنَّ المَكْفُولَ بِهِ مَالٌ مُطْلَقٌ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، وَإِنَّمَا يَخْتَلِفُ بِالأَمْرِ وَعَدَمِهِ؛

على المكفول عنه، كما كان موصوفًا بذلك في المسألة المتقدمة وهي **قوله**: وَمَنْ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَيْهِ أَوْ بِمَا قَضَى لَهُ عَلَيْهِ، فكان المكفول به مالًا موصوفًا بكونه مالًا مقضيًّا به على المكفول عنه بعد الكفالة على ما ذكرنا، فما لم يجب المال على المكفول عنه بذلك الصفة لا يجب على الكفيل، فكان دعوى المدعي هناك غير متعرض لهذا المال الموصوف على المكفول عنه، فلذلك لم تقبل دعواه على الكفيل هناك، وأمَّا هاهنا ادَّعى المدعي على الكفيل الكفالة له بمال مطلق، أي: غير موصوف بأنه قضى به على المكفول عنه بعد الكفالة، وأقام البينة على وفق دعواه فلذلك يقضى به على الكفيل.

وقوله: بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، إشارة إلى هذا الذي ذكرنا وهو **قوله**: وَمَنْ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَيْهِ أَوْ بِمَا قَضَى لَهُ عَلَيْهِ، إلى **قوله**: لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ.

وذكر الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصَّغير»: ثم الفرق بين هذا وبين الأولى أن هناك إنما يدَّعي الكفالة بمالٍ موصوفٍ، فما لم يظهر تلك الصفة فيما يدَّعيه من المال لا يكون كفيلًا عنه، وهاهنا يدعي عنه الكفالة بمالٍ مطلقٍ، ألا ترى أن هناك لو صدَّقه فقال: قد كفلتُ لك بما ذاب لك عليه، أو ما قضى لك عليه، ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال، وهاهنا لو قال: كفلتُ لك عنه بألف درهم ولكن ليس لك عليه شيء لم يلتفت إلى قوله وأجبر على أداء ماله، فبه يتضح الفرقُ.

وقوله: وَإِنَّمَا يَخْتَلِفُ - أي: حكم القاضي بالرجوع عن الأصيل وعدمه - بِالأَمْرِ وَعَدَمِهِ، هذا إشارة إلى ما ذكر قبله من أن المدعي إذا ثبت كفالة الكفيل بالبينة أنه كفل بأمر المكفول عنه، كان حكم القاضي بتلك البينة حكمًا على الكفيل خاصة.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا أبهم المدعي المالَ، وصورته: ادَّعى رجل على رجل أنه كفل له عن فلان بكل ما لَه قِبَله من المال فجحد الكفيل ذلك وأقام المدَّعي البينة على الكفالة والمال قضيَ بالكفالة وبالمال على المكفول عنه الغائب، سواء ادَّعى الأمر أو لم يدَّع، قلنا: في الفرق بينهما أن المدَّعى متى كان مالًا مقدرًا أمكن إثباتُ ذلك المال

....

على الكفيل باعتبار إقراره نظرًا إلى كفالته لتضمنها الإقرار بالمال، فلا حاجة إلى تعدية المال إلى المكفول عنه والاتصال منتفٍ، وفيما إذا أبهم الكفالة من الوجه الذي قلنا لا يمكنه إثبات المال على الكفيل باعتبار إقراره لتعطل الكفالة بصفة الإبهام عن الإقرار بالمال، ألا ترى أنه لا يطالبه بشيءٍ لو وقع الاقتصار على الكفالة بصفة الإبهام، فدعت الضرورة إلى إثبات كفالة متعدّية إلى المكفول عنه عملًا بالبينة.

وجعل المسألة في «الجامع الكبير» على أربعة أوجه فقال: إمَّا أن كانت الكفالة مطلقة نحو أن يقول: كفلتُ بمالك على فلان، أو مقيدة نحو أن يقول: كفلتُ لك عن فلان بألف درهم، وكل وجه على وجهين: إمَّا أن كانت الكفالة بأمر المكفول عنه أو بغير أمره، فإن كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل يكون قضاء على الأصيل سواء كان بأمره أو بغير أمره؛ لأنَّ الطالب لا يتوصل إلى حقه من الكفيل إلا بعد إثبات حقه على الأصيل؛ لما ذكرنا أن القول قول الكفيل أنه ليس للطالب على الأصيل شيء، فإذا لم يتوصل إلى حقه قبل الكفيل إلا في إثبات حقه على الأصيل صار الكفيل خصمًا عنه وإن كان غائبًا، فالمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا ادَّعى على الحاضر حقًّا لا يمكن إثباته عليه إلا بإثباته على الغائب.

قال مشايخنا: وهذا طريق من أراد إثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الكفيل وبين الغائب اتصال، وكذلك إذا خاف الطالب موت الشاهد فيتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقر بالكفالة وينكر الدين على الأصيل، فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضى به على الكفيل والأصيل ثم يبرئ الكفيل، وكذا الحوالة على هذه الوجوه.

وكذلك كل من ادعى عليه حقًّا لا يثبت عليه إلا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصمًا عن الغائب، ألا ترى أن من قذف رجلًا فأدعى المقذوف الحد فقال القاذف: قذفتُه وهو عبد، فأقام المقذوف عليه البيّنة أنه كان عبدًا لفلان وقد أعتقه قضى بعتقه؛ لأنَّه ادعى لنفسه حقًّا ولا يتوصل إلى إثباته إلا بإثبات العتق، فصار القاذفُ خصمًا عن الغائب فالقضاء عليه قضاء على الغائب.

وكذا عبد مأذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين: أنا ضامن لدينك إن أعتقه

لِأَنَّهُمَا يَتَغَايَرَانِ، لِأَنَّ الكَفَالَةَ بِأَمْرٍ تَبَرُّعُ ابْتِدَاءٍ وَمُعَاوَضَةُ انْتِهَاءٍ، وَبِغَيْرِ أَمْرٍ تَبَرُّعُ ابْتِدَاءٍ وَانْتِهَاءٍ، فَبِدَعْوَاهُ أَحَدَهُمَا لا يُقْضَى لَهُ بِالآخَرِ، وَإِذَا قُضِيَ بِهَا بِالأَمْرِ ثَبَتَ أَمْرُهُ، وَهُوَ يَتَضَمَّنُ الإِقْرَارَ بِالمَالِ فَيَصِيرُ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ، وَالكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لا تَمَسُّ جَانِبَهُ لِأَنَّهُ تَعْتَمِدُ صِحَّتُهَا قِيَامَ الدَّيْنِ فِي زَعْمِ الكَفِيلِ فَلَا يَتَعَدَّى إِلَيْهِ، وَفِي الكَفَالَةِ بِأَمْرِهِ

مولاه ثم أقام صاحب الدين بينة أن مولاه أعتقه بعد كفالة الكفيل، وأن له عليه من الدين كذا، والعبد والمولى غائبان قضى بالعتق على المولى، وبالمال على الكفيل وإن كان فيه قضاءٌ على الغائب وللغائب ،وهذا كله استحسان أخذ به علماؤنا صيانةً لحقوق المسلمين، والقياسُ أن لا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب ولا يصح القضاء على الغائب، كذا ذكره الإمام المرغيناني، والتمرتاشي، والمحبوبي رحمهم الله.

قوله: لِأَنَّهُمَا يَتَغَايَرَانِ، أي: لأنَّ الكفالة بالأمر والكفالة بغير الأمر يتغيران في المعنى، وهو قوله: لِأَنَّ الكَفَالَةَ بِأَمْرٍ، إلى آخره، ويتغايران في الحكم أيضًا وهو الرجوع إلى الأصيل فيما إذا كانت بالأمر وعدم الرجوع فيما إذا لم تكن بالأمر.

فلمَّا كانتا متغايرتين: فَبِدَعْوَاهُ أَحَدَهُمَا - أي: أحد عقدي الكفالتين - لا يُقْضَى لَهُ بِالآخَرِ.

قوله: ثَبَتَ أَمْرُهُ، أي: أمر المكفول عنه.

قوله: وَهُوَ يَتَضَمَّنُ - أي: الأمر بالكفالة يتضمن - الإِقْرَارَ بِالمَالِ؛ لأنه لمَّا ادعى الكفالة بالأمر وأثبتها بالبينة لا يمكن القضاء بكفالة أخرى، ومن ضرورة القضاء بالكفالة بأمر القضاء على الغائب؛ لأنَّ أمر الأصيل بالكفالة إقرار بالمال، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قوله: فَيَصِيرُ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ، أي: فيصير المكفول عنه.

قوله: لا تَمَسُّ جَانِبَهُ؛ - أي: جانب المكفول عنه - لِأَنَّهُ - أي: لأنَّ الأمر والبيان - تَعْتَمِدُ صِحَّتُهَا - أي: صحة الكفالة - قِيَامَ الدَّيْنِ فِي زَعْمِ الكَفِيلِ، بفتح الزاي؛ لأنَّ في قوله تعالى: ﴿فَقَالُواْ هَٰذَا لِلَّهِ بِزَعْمِهِمْ﴾ [الأنعام: ١٣٦]، لم يقرأ من القراء بضم الزاي غير

يَرْجِعُ الكَفِيلُ بِمَا أَدَّى عَلَى الآمِرِ. وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَنْكَرَ فَقَدْ ظَلَمَ فِي زَعْمِهِ فَلَا يَظْلِمُ غَيْرَهُ وَنَحْنُ نَقُولُ صَارَ مُكَذَّبًا شَرْعًا فَبَطَلَ مَا زَعَمَهُ.

عليّ بن حمزة والكسائي، فكان الأخذ باللغة التي هي قراءة العامة أوْلَى، أي: لا يشترط لصحة الكفالة وجود الدين على المكفول عنه حقيقةً، بل وجوده في زعم الكفيل كافٍ؛ لما أن المرء مؤاخذٌ بزعمه، ولكن هاهنا إن لم يثبت الدين في زعمه أيضًا لما أنه منكر للكفالة حيث أثبتت الكفالةُ عليه بالبينة جُعل ثابتًا في زعمه شرعـًا لا غير؛ لأنَّ الكلام فيما إذا أثبت المدَّعي الكفالةَ بغير أمر المكفول عنه، فلمَّا كان كذلك لم يتعد وجوب الدين من الكفيل إلى الأصيل، وقد ذكرنا قُبيل هذا أنه ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبُه على الأصيل؛ ولأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا، ولو ثبت أمره بالكفالة عيانًا كان الحكم ما قلنا، فكذا إذا ثبت بالبينة.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَرْجِعُ، أي: لا يرجع الكفيل على الأصيل؛ لأنَّ الكفيل يزعم أن الطالب ظلمه ومن ظلم ليس له أن يظلمه غيره.

وإنا نقول: لمَّا قضى القاضي عليه فقد كذبه فيما زعم فبطل زعمه، كمن اشترى شيئـًا وأقرَّ أن البائع باع ملك نفسه نفسه ثم جاء إنسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البائع بالثمن، كذلك هاهنا لما ذكرنا، كذا ذكره شمس الأئمة، وقاضي خان.

فإن قلتَ: يشكل على هذا قول محمد رحمه الله فيمن اشترى عبدًا ثم باعه ورُدَّ عليه بعيب بالبينة بعدما أنكر العيب به فأراد أن يرده على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله، خلافـًا لأبي يوسف رحمه الله حيث لم يبطل زعمه، مع أن القاضي لمَّا قضى عليه بالرد بالعيب فقد كذَّبه في زعمه.

قلتُ: إنما لم يكن له أن يرده على بائعه؛ لأنَّ قوله: لا عيب به، نفي للعيب في الحال والماضي، والقاضي إنما كذَّبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الأول؛ لأنَّ قيام العيب عند البيع الأول ليس بشرط للرد على الثاني فإنما افترقا لهذا، كذا ذكره الإمام المحبوبي.

ضمان الدرك: عبارة عن قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ دَارًا وَكَفَلَ رَجُلٌ عَنْهُ بِالدَّرَكِ فَهُوَ تَسْلِيمٌ) لِأَنَّ الكَفَالَةَ لَوْ كَانَتْ مَشْرُوطَةً فِي البَيْعِ فَتَمَامُهُ بِقَبُولِهِ، ثُمَّ بِالدَّعْوَى يَسْعَى فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَشْرُوطَةً فِيهِ فَالمُرَادُ بِهَا أَحْكَامُ البَيْعِ وَتَرْغِيبُ المُشْتَرِي فِيهِ إِذْ لا يَرْغَبُ فِيهِ دُونَ الكَفَالَةِ فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الإِقْرَارِ بِمِلْكِ البَائِعِ.

قَالَ: (وَلَوْ شَهِدَ وَخَتَمَ وَلَمْ يَكْفُلْ لَمْ يَكُنْ تَسْلِيمًا وَهُوَ عَلَى دَعْوَاهُ) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لا تَكُونُ مَشْرُوطَةً فِي البَيْعِ وَلا هِيَ بِإِقْرَارٍ بِالمِلْكِ لِأَنَّ البَيْعَ مَرَّةً يُوجَدُ مِنَ المَالِكِ

قوله: فَهُوَ تَسْلِيمٌ، أي: تسليم وتصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع، حتى أن الكفيل لو جاء يدَّعي الدار لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه؛ لأنَّه لو صحَّ دعواه رجع المشتري عليه بحكم الكفالة فلا يفيد، ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تمَّ من جهته، ومن سعى في نقض ما أوْجَبه ضلَّ سعيه في الحياة الدنيا، ولهذا لو كان الكفيل شفيعًا بطلت شفعته، فعلى هذا لو لم تكن الكفالة مشروطة في البيع تصح الدعوى، فالمراد بها أحكام البيع، وترغيب المشتري يحتمل أن لا يرغب في تمليك هذه الدار بالشراء خوفًا من الاستحقاق، فيتكفل الكفيل بهذه الكفالة تسكينًا لقلب المشتري فصار كأنه يقول: اشتر هذه الدار ولا تبالي فإنَّها ملك البائع، فإن أدركك درُك فأنا ضامن فيكون مقرًّا بملك البائع فلا تصح منه الدعوى أصلًا، وإطلاق الجواب في الكتاب يدل على هذا، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والإمام المرغيناني رحمهما الله.

قوله: وَلَوْ شَهِدَ وَخَتَمَ، قيل: لفظ الختم وقع اتفاقًا باعتبار عادة العرب، فإنَّهم يختمون بعد كتابة اسمهم على الصك، والحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أم لا، ثم تفسير الختم هو ما ذكره في «الفوائد الظهيريَّة» فقال: تفسيره ما ذكره الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: أن الشاهد كان إذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبًا، ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل، وهذا كان في عرف زمانهم وهذا العرف لم يبق في زماننا، ثم قال:

وَتَارَةً مِنْ غَيْرِهِ، وَلَعَلَّهُ كَتَبَ الشَّهَادَةَ لِيَحْفَظَ الحَادِثَةَ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، قَالُوا: إِذَا كَتَبَ فِي الصَّكِّ بَاعَ وَهُوَ يَمْلِكُهُ أَوْ بَيْعًا بَاتًّا نَافِذًا وَهُوَ كَتَبَ شَهِدَ بِذَلِكَ فَهُوَ تَسْلِيمٌ، إِلَّا إِذَا كَتَبَ الشَّهَادَةَ عَلَى إِقْرَارِ المُتَعَاقِدَيْنِ.

قال مشايخنا: وما ذكر من الجواب في كتب الشهادة محمول على ما إذا كتب: شهد فلان البيع والشراء، أو كتب: جرى البيع بمشهدي، أو كتب: أقرَّا بالبيع والشراء عندي، أمَّا إذا كتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بأن كان في صك البيع: باع فلان كذا وهو يملكه، وكتب: هو شهيد بذلك، لا تصح دعواه بعد ذلك، ومتى كان الصك: باع فلان كذا وقد أقرَّ أنه باع ملكه، والشاهد كتب: شهد بذلك، تصح دعواه، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي الضَّمَانِ)

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ لِرَجُلٍ ثَوْبًا وَضَمِنَ لَهُ الثَّمَنَ أَوْ مُضَارِبٌ ضَمِنَ ثَمَنَ مَتَاعِ رَبِّ المَالِ فَالضَّمَانُ بَاطِلٌ) لِأَنَّ الكَفَالَةَ التِزَامُ المُطَالَبَةِ وَهِيَ إِلَيْهِمَا فَيَصِيرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنًا لِنَفْسِهِ، وَلِأَنَّ المَالَ أَمَانَةٌ فِي أَيْدِيهِمَا وَالضَّمَانُ تَغْيِيرٌ لِحُكْمِ الشَّرْعِ فَيَرُدُّ عَلَيْهِ،

فصل في الضمـان

هذه مسائل «الجامع الصَّغير» وردت بلفظ الضمان، ففصلها لتغاير في اللفظ وإن كان معنى الضمان والكفالة واحدًا.

قوله: وَمَنْ بَاعَ لِرَجُلٍ ثَوْبًا، إلى أن قال: فَالضَّمَانُ بَاطِلٌ؛ وذلك لأنَّ حق القبض للوكيل بجهة الأصالة في البيع، ولهذا لا يبطل بموت الموكل ولا بعزله، ولهذا لو وكل الموكل بقبضه من المشتري ثم عزل الموكل صحَّ؛ وهذا لأنَّ الثمن بالعقد وجبَ للوكيل على المشتري على ما هو الأصل أن حقوق العقد راجع إلى الوكيل، فالعاقد لغيره في حقوق العقد كالعاقد لنفسه، ولهذا اختص المطالبةُ به، ولو حلف المشتري: ما للموكل عليه شيء، كان بارًّا في يمينه، ولو حلف: ما للوكيل عليه شيء، كان حانثًا، فلمَّا ثبت أصالة الوكيل في القبض ثم لو صحَّ الضمان منه يصير ضامنًا لنفسه وإنه لا يجوز.

بخلاف الوكيل بالنكاح إذا ضمن المهر للمرأة عن الزوج يصح؛ لأنَّ الوكيل في باب النكاح سفير؛ لأنَّه لا يلي قبض المهر فلا يصير هناك ضامنًا لنفسه، كذا ذكره الإمام المرغيناني، والمحبوبي رحمهما الله.

قوله: وَالضَّمَانُ تَغْيِيرٌ لِحُكْمِ الشَّرْعِ فَيَرُدُّ عَلَيْهِ، كمن عليه السهوُ في الصلاة فسلم بنية

كَاشْتِرَاطِهِ عَلَى الْمُودَعِ وَالْمُسْتَعِيرِ (وَكَذَا رَجُلَانِ بَاعَا عَبْدًا صَفْقَةً وَاحِدَةً وَضَمِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمَنِ) لِأَنَّهُ لَوْ صَحَّ الضَّمَانُ مَعَ الشَّرِكَةِ يَصِيرُ ضَامِنًا لِنَفْسِهِ، وَلَوْ صَحَّ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ خَاصَّةً يُؤَدِّي إِلَى قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ قَبْضِهِ،

قصد الخروج فيرد عليه حتى كان له أن يعود إلى سجدتَي السهو ما لم يأت بما ينافي الصلاة، وكذا من نذر أن يصوم غدًا وعليه قضاء رمضان يجوز له أن يصوم قضاء رمضان فترد عليه نية تعيينه الغدَ لصوم النذر؛ لأنَّ في ذلك تغيير مشروعية صلاحية الغد للقضاء وليس له ذلك لكونه تغيير حكم الشرع.

قوله: لِأَنَّهُ لَوْ صَحَّ الضَّمَانُ، إلى أن قال: **وَلَوْ صَحَّ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ،** يعنِي: أن هذا الضمان لو صحَّ إمَّا أن يصح مع بقاء الشركة أو لا مع بقائها، لا وجه إلى الأول؛ لما مرَّ أن كل واحدٍ منهما يصير ضامنًا لنفسه؛ لأنَّه ما من جزء من الثمن إلا وهو مشترك بينهما، ولا وجه إلى الثانِي؛ لأنَّه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض حيث امتاز نصيبُ أحدهما عن الآخر، والدينُ لا يحتمل القسمة قبل القبض؛ لأنَّ القسمة إقرار والإقرار يتحقق في الأعيان لا في الأوصاف والدين وصفٌ.

ولأنه لو جاز ضمان أحد الشركين للآخر يبطل من حيث يجوز؛ لأنَّ الضامن يقول للشريك: أنا قائم مقام المشتري، والمشتري إذا دفع إليك شيئًا فأنا شريك في ذلك الشيء لبقاء الشركة، فلذلك أرجع في نصف ما أديتُ إليك فيبطل الضمان انتهاءً لو جاز ابتداءً؛ لأنَّ الضامن يكون شريكًا فيما أدى إلى الشريك إلى أن يبقى منه الجزء الذي لا يتجزى.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة» هذا المعنى وقال: فالضمان باطل؛ لأنَّ ما يستحق بنصيب أحدهما فللآخر أن يشاركه فيه إذا كان مالًا بدليل أن أحدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئًا كان للآخر ولاية المشاركة، فلو صحَّ الضمان فيما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك، فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه، فيصير كأنه ما أدَّى إلا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي، ثم وثم إلى أن لا يبقى شيءٌ، فهذا معنى قول مشايخنا أن في تجويز هذا الضمان ابتداءً إبطاله

وَلا يَجُوزُ ذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَا بِصَفْقَتَيْنِ لِأَنَّهُ لا شَرِكَةَ؛ أَلا تَرَى أَنَّ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَقْبَلَ نَصِيبَ أَحَدِهِمَا وَيَقْبِضَ إِذَا نَقَدَ ثَمَنَ حِصَّتِهِ وَإِنْ قَبِلَ الكُلَّ.

قَالَ: (وَمَنْ ضَمِنَ عَنْ آخَرَ خَرَاجَهُ وَنَوَائِبَهُ وَقِسْمَتَهُ فَهُوَ جَائِزٌ)،

انتهاءً، فقلنا ببطلانه ابتداءً.

ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسألة: لو صحَّ الضمان إمَّا أن يصح بنصف شائع، أو بنصف هو نصيب شريكه؛ لأنَّ الضمان يضاف إلى نصيب شريكه فكيف يصح شائعًا.

وقوله: ولا وجه إلى الثاني؛ لما فيه من قسمة الدين قبل القبض، ولا معنى لهذا أيضًا لانعقاد الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز، وليس فيه معنى قسمة الدين فكذا إذا ضمن أحدهما نصيب شريكه، ولكن التعويل على ما ذكرنا.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَا بِصَفْقَتَيْنِ، بأن سمَّى كل واحد منهما لنفسه ثمنًا ثمَّ ضمن أحدهما للآخر صحَّ ضمانه؛ لأنَّ نصيب كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الآخر، فلهذا لو أخذ أحدهما شيئاً من المشتري لا يشاركه الآخرُ فيه فلا يصير ضامنًا لنفسه، بخلاف الفصل الأول، ولو تبرع بالأداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه؛ لأنَّ التبرع لا يتم إلا بالأداء، وعند الأداء يصير مسقطاً حقه في المشاركة فيصح، وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة؛ لأنَّ التبرع أسرعُ جوازًا من الكفالة ألا ترى أنه يجوز التبرع ببدل الكتابة وإن كان لا يصح بها الكفالة، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَإِنْ قَبِلَ الكُلَّ، أي: وإن قبل المشتري الكلَّ بكلام واحد، وقد ذكرنا في صدر كتاب البيوع أن تفريق الصفقة قد يكون بتفريق الثمن بتسمية كل واحد من البائعين وإن كان المشتري واحدًا وقبلهما بكلمة واحدة، وفي لفظ الكتاب تخليط وتفصيله فيما ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله فقال: وإن كان البيع صفقتين بأن سمّيا لكل نصيب ثمناً صحَّ ضمانه؛ لأنَّه لا شركة بينهما، ألا ترى أن المشتري لو قبل نصيب أحدهما وردَّ الآخر يصح، ولو قبل الكل ثم نقد حصة أحدهما ملك قبض نصيبه، بخلاف الأول.

أَمَّا الخَرَاجُ فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ وَهُوَ يُخَالِفُ الزَّكَاةَ؛ لِأَنَّهَا مُجَرَّدُ فِعْلٍ وَلِهَذَا لا تُؤَدَّى بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ تَرِكَتِهِ إلَّا بِوَصِيَّةٍ. وَأَمَّا النَّوَائِبُ، فَإِنْ أُرِيدَ بِهَا مَا يَكُونُ بِحَقٍّ كَكَرْيِ النَّهْرِ المُشْتَرَكِ وَأَجْرِ الحَارِسِ وَالمُوَظَّفِ لِتَجْهِيزِ الجَيْشِ وَفِدَاءِ الأَسَارَى وَغَيْرِهَا جَازَتِ

قوله: أَمَّا الخَرَاجُ فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، أي: قبل هذا بأوراق بقوله: وَالرَّهْنُ وَالكَفَالَةُ جَائِزَانِ فِي الخَرَاجِ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ مُطَالَبٌ بِهِ مُمْكِنُ الِاسْتِيفَاءِ، إلى آخره، ثم قيل: المراد من الخراج التي تصح الكفالة عنه الخراجُ الموظَّفُ، وهو الذي يجب في الذمة بأن يوظف الإمامُ كل سنة على ما يراه الإمام، لا المقايسةُ وهي التي تقسم الإمام ما يخرج من الأرض؛ فإنَّها غير واجبة في الذمة فلم يكن في معنى الدين.

قوله: وَهُوَ - أي: الخراج - يُخَالِفُ الزَّكَاةَ؛ لِأَنَّهَا - أي: الزكاة - مُجَرَّدُ فِعْلٍ، وذكر الإمام حسام الدين الأخسيكثي رحمه الله في الفرق بينهما فقال: الخراج دين مطالب من جهة العباد؛ لأنَّ الدين وجوب مال في الذمة بدلًا عن شيء آخر، والخراج بدل عن منافع الحفظ، بخلاف الزكاة؛ لأنَّ الواجب فيها تمليك مال من غير أن يكون بدلًا عن شيءٍ آخر.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: أمَّا الخراج فلأنه دين كسائر الديون من حيث أنه يطالب به من عليه ويحبس فيه، ثم قال: كأنه أراد به الخراجَ الموظَّف، بخلاف الزكاة في الأموال الظاهرة حيث لا يجوز الضمان بها؛ لأنَّ الواجب جزءٌ من النصاب وهو عين غير مضمون، بدليل أنه لو هلك لا يضمن شيئًا والكفالة بأعيان غير مضمونة باطلة.

فإن قيل: ما ذكرتم إن كان يستقيم في زكاة واجبة في نصاب قائم، فلا يستقيم في زكاة في الذمة باستهلاك السَّوائم.

قلنا: بعض مشايخنا قالوا في الفرق بين الخراج والزكاة أن الزكاة ليست بدين؛ لأنَّ الدين اسم لمال منكر والواجب زكاةً فعلٌ هو عبادة والمال لإقامته كالحج، ولهذا قلنا: أن الزكاة لا تستوفى من التركة بخلاف الخراج؛ لأنَّه يجب حقًّا للمقاتلة بدلًا عن الذب عن حريم الدين، والمحاماة عن بيضة الإسلام، فكان بمنزلة الأجرة والكفالة بالأجرة

الكَفَالَةُ بِهَا عَلَى الاتِّفَاقِ، وَإِنْ أُرِيدَ بِهَا مَا لَيْسَ بِحَقٍّ كَالجِبَايَاتِ فِي زَمَانِنَا فَفِيهِ اخْتِلَافُ المَشَايِخِ - رَحِمَهُمُ اللهُ -، وَمِمَّنْ يَمِيلُ إِلَى الصِّحَّةِ الإِمَامُ عَلِيٌّ البَزْدَوِيُّ،

صحيحة فكذا بالخراج.

قوله: وَإِنْ أُرِيدَ بِهَا مَا لَيْسَ بِحَقٍّ كَالجِبَايَاتِ فِي زَمَانِنَا - وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظلماً كالقُبْجُر - فَفِيهِ اخْتِلَافُ المَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللهُ، قال بعضهم: لا يصح الضمان بها؛ إذ الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الأصيل شرعًا، ولا شيء هُنا على الأصيل شرعًا، وقال بعضهم: الكفالة بها صحيحة، وكان والدي رحمه الله يقول: المطالبة المتوجهة حسًّا تنزل منزلة المطالبة المتوجهة شرعًا، فلذلك قلنا: إن من قضى نائبة غيره بأمره رجع بها عليه وإن لم يشترط الرجوع كما لو قضى دين غيره بأمره.

وأمَّا قوله: وَقِسْمَتَهُ، فقد ذكر عن أبي بكر ابن أبي سعيد أنه قال: وقع هذا الحرف غلطًا؛ لأنَّ القسمة مصدرٌ والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون، وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله يقول: معناها إذا طلب أحد الشريكين القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك وضمَّن إنسان بها؛ لأنَّ القسمة واجبة عليه، وقال بعضهم: معناها: إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قِسْم صاحبه فتكون الرواية على هذا: قِسْمة، بسكون السين وحذف التاء، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَمِمَّنْ يَمِيلُ إِلَى الصِّحَّةِ الإِمَامُ عَلِيٌّ البَزْدَوِيُّ، والمراد به فخر الإسلام البزدوي، لا أخوه صدر الإسلام البزدوي رحمهما الله، فإن صدر الإسلام البزدويّ ممن مال إلى عدم صحة الكفالة بالجنايات التي تقضي على الناس بغير حق، ذكره في «جامعه الصغير»، وأمَّا فخر الإسلام فقد قال بالصحة وقال: وأمَّا النوائب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك ممَّا ينوبه صحت الكفالة بها؛ لأنَّها ديون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبة؛ لأنَّها شرعت لالتزامها، ولهذا قلنا: أن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة كان مأجورًا، وإن كان أصله من جهة الذي يأخذ باطلًا، ولهذا قلنا: أن من قضى نائبه غيره بإذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانًا، بمنزلة ثمن

وَأَمَّا القِسْمَةُ فَقَدْ قِيلَ: هِيَ النَّوَائِبُ بِعَيْنِهَا أَوْ حِصَّةٌ مِنْهَا وَالرِّوَايَةُ بِأَوْ، وَقِيلَ هِيَ النَّائِبَةُ المُوَظَّفَةُ الرَّاتِبَةُ، وَالمُرَادُ بِالنَّوَائِبِ مَا يَنُوبُهُ غَيْرُ رَاتِبٍ وَالحُكْمُ مَا بَيَّنَّاهُ.

(وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ لَك عَلَيَّ مِائَةٌ إلَى شَهْرٍ وَقَالَ المُقَرُّ لَهُ هِيَ حَالَّةٌ، فَالقَوْلُ قَوْلُ

بخلاف الزكاة والخراج وغيرهما.

قوله: وَأَمَّا القِسْمَةُ فَقَدْ قِيلَ: هِيَ النَّوَائِبُ بِعَيْنِهَا - فقد ذكر تفسير النوائب بأنَّها تكون بحق وبغير حق - أَوْ حِصَّةٌ مِنْهَا، أي: من النوائب، يعني: إذا قسم الإمام ما ينوبُ العامةَ بحقٍّ نحو مؤنة كَرْيِ النَّهرِ المُشْتَرَكِ على العامة فأصاب من تلك القسمة شيء واحدًا، فيجب عليه أداؤه فكفل به رجل صحَّ بالإجماع، ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقدير: وقسمته، بالواو ليكون عطف الخاص على العام فهو جائز، كما في قوله تعالى: ﴿مَن كَانَ عَدُوًّا لِّلَّهِ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبۡرِيلَ وَمِيكَىٰلَ﴾ [البقرة: ٩٨]، دون أَوْ، فكان قوله: وَالرِّوَايَةُ بِأَوْ، جواب هذه الشبهة.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وتكلموا في معنى النوائب، قيل: المراد أجرُ الحارس ونحوه من نوائب المحلة وهو واجب شرعـًا، وقيل: المراد به إذا احتاج الإمام إلى تجهيز جيش لقتال المشركين ولم يكن في بيت المال مالٌ فوظَّف مالًا على الناس لأجل ذلك، فهذا يُسمَّى نائبة وهذا يجب أداؤه على كل مسلم لوجوب طاعة الإمام فيما يجب النظر للمسلمين، فإذا ضمن رجل قسمته من ذلك أي: نصيبه، قال الله تعالى: ﴿وَنَبِّئۡهُمۡ أَنَّ ٱلۡمَآءَ قِسۡمَةُۢ بَيۡنَهُمۡۖ﴾ [القمر: ٢٨]، والمراد النصيب، فهذا الضمان جائز؛ لأنَّ كل واحد منهم مطالب بنصيبه.

قوله: وَقِيلَ هِيَ النَّائِبَةُ المُوَظَّفَةُ الرَّاتِبَةُ، أي: المقاطعات الديوانية في كل شهر، أو ثلاثة أشهر، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَالحُكْمُ مَا بَيَّنَّاهُ، وهو جواز الكفالة فيما إذا كانت بحق بالاتفاق، ولو كانت بغير حق ففي صحة الكفالة بها اختلاف المشايخ على ما ذكر.

الْمُدَّعِي، وَمَنْ قَالَ ضَمِنْتُ لَكَ عَنْ فُلَانٍ مِائَةً إِلَى شَهْرٍ وَقَالَ الْمُقَرُّ لَهُ هِيَ حَالَّةٌ فَالقَوْلُ قَوْلُ الضَّامِنِ). وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ المُقِرَّ أَقَرَّ بِالدَّيْنِ ثُمَّ ادَّعَى حَقًّا لِنَفْسِهِ وَهُوَ تَأْخِيرُ الْمُطَالَبَةِ إِلَى أَجَلٍ وَفِي الكَفَالَةِ مَا أَقَرَّ بِالدَّيْنِ لِأَنَّهُ لا دَيْنَ عَلَيْهِ فِي الصَّحِيحِ، وَإِنَّمَا أَقَرَّ بِمُجَرَّدِ الْمُطَالَبَةِ بَعْدَ الشَّهْرِ، وَلِأَنَّ الأَجَلَ فِي الدُّيُونِ عَارِضٌ حَتَّى لا يَثْبُتَ إِلَّا بِشَرْطٍ فَكَانَ القَوْلُ قَوْلَ مَنْ أَنْكَرَ الشَّرْطَ كَمَا فِي الخِيَارِ، أَمَّا الأَجَلُ فِي الكَفَالَةِ فَنَوْعٌ مِنْهَا حَتَّى يَثْبُتَ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ بِأَنْ كَانَ مُؤَجَّلًا عَلَى الأَصِيلِ، وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - أَلْحَقَ الثَّانِيَ بِالأَوَّلِ، وَأَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِيمَا يُرْوَى عَنْهُ أَلْحَقَ

قوله: وَفِي الكَفَالَةِ مَا أَقَرَّ بِالدَّيْنِ لِأَنَّهُ لا دَيْنَ عَلَيْهِ، ولهذا لو أبرأه الطالبُ فرد الكفيل لا يرتد برده؛ لأنَّه إسقاط وليس فيه معنى التمليك، ولو كان عليه دينٌ لارتدَّ برده كما يرتد بردِّ المكفول عنه لكون الدين عليه.

وقوله: فِي الصَّحِيحِ، احتراز عن القول الآخر بأنه يجب للطالب على الكفيل دين أيضًا وقد مرَّ.

فإن قيل: في هذا التقرير إبطالٌ لما ادَّعاه وهو أن الكفالة لمَّا كانت لالتزام المطالبة دون المال وجب أن لا يثبت الأجل عند دعواه الكفيل؛ لأنَّه حينئذٍ يتعطل الكفالة عن موجبها وهي التزام المطالبة، أو لا تثبت الكفالة أصلًا؛ لأنَّ الشيء لا يثبت بدون موجبه.

قلنا: إن الكفالة التزام للمطالبة إمَّا للحال أو في المستقبل من الزمان فكانت صحيحة، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: فَكَانَ القَوْلُ قَوْلَ مَنْ أَنْكَرَ الشَّرْطَ، أي: مع اليمين، كذا في «الجامع الصَّغير» لصدر الإسلام رحمه الله.

قوله: وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ أَلْحَقَ الثَّانِيَ بِالأَوَّلِ، وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِيمَا يُرْوَى عَنْهُ

الأَوَّلَ بِالثَّانِي وَالفَرْقُ قَدْ أَوْضَحْنَاهُ.

أَلْحَقَ الأَوَّلَ بِالثَّانِي، هكذا وقع في عامة النسخ وهذا ليس بصحيح، بل الصحيح عكسُه وهو أن يقال: وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ أَلْحَقَ الأَوَّلَ بِالثَّانِي، وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَلْحَقَ الثَّانِي بِالأَوَّلِ فِيمَا يُرْوَى عَنْهُ؛ وذلك لأنَّ عند الشافعي رحمه الله القول قول المقرّ في الفصلين جميعًا، فكان الإقرار بالدين وهو المذكور أولًا في الرواية، والتقرير ملحقًا بالثاني وهو الإقرار بالكفالة، وذلك إنما يستفاد فيما قلنا، ومذهب أبي يوسف رحمه الله فيما يروى عنه على عكسه.

وحجة الشافعي رحمه الله أن الدين نوعان: حال ومؤجل، فإذا أقرَّ بالمؤجل فقد أقرَّ بأحد نوعي الدين فالقول قوله؛ ولأنه لمَّا أقرَّ بالدين لم يلتزم صفة الحلول فلا يلزمه بدون التزامه اعتبارًا بالكفالة.

وحجة أبي يوسف رحمه الله فيما يُروى عنه والراوي عنه هذا القول إبراهيم بن يوسف، حيث قال في فصل الكفالة: لا يُصدق المقر بالكفالة في دعوى الأجل ويجب المال عليه حالًا؛ لأنَّهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه فلا يصدق فيه إلا بالحجة، ألا ترى أنه لو أقرَّ بالكفالة على أنه بالخيار جاز إقراره بالكفالة ودعواه بالخيار باطل؛ لما قلنا، فكذا دعوى الأجل، قلنا؛ لأنَّه لمَّا ادعى الخيار فقد ادعى معنى يبطل الكفالة فلا يصدق عليه بعد إقراره، وأمَّا الأجل فليس للإبطال ولكن للتأخُّر والتأجُّل.

قوله: وَالفَرْقُ قَدْ أَوْضَحْنَاهُ، أشار إلى **قوله: وَوَجْهُ الفَرْقِ**، إلى هذا بوجهين، وذلك الفرقان صالحان للجواب عن دليل الشافعي وعن دليل أبي يوسف رحمهما الله.

فإن قلتَ: ما الفرق لعلمائنا بين دعوى الأجل في الدين وبين دعوى الصفة فيه حيث كان القول قوله في الصفة، حتى لو قال لغيره: لك عليَّ كرُّ حنطة رديَّة وقال المقر له: لا بل جيده كان القول قول المقر، فكما أن الجودة والردأة صفة للدين فكذلك الأجل صفة له حيث يقال: دين مؤجَّل ودين حال.

قلتُ: الأجل للدين صفة لفظًا لا معنًى، بخلاف الجودة والردأة؛ وذلك لأنَّ الأجل ليس بصفة للدين في الحقيقة، فإن أصل الدين حق الطالب قبل المطلوب، والأجل حق

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً فَكَفَلَ لَهُ رَجُلٌ بِالدَّرَكِ فَاسْتَحَقَّتْ لَمْ يَأْخُذِ الكَفِيلَ حَتَّى يُقْضَى لَهُ بِالثَّمَنِ عَلَى البَائِعِ) لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ الِاسْتِحْقَاقِ لا يَنْتَقِضُ البَيْعُ عَلَى ظَاهِرِ

المطلوب قبل الطالب، فكيف يكون صفة له والصفة لا يفارق الموصوف، بخلاف الجودة والرداءة فإنَّهما صفة للمال والمال قد يكون بوصف دون وصف، فلمَّا أقرَّ المقر بالمال بوصف لا يجب عليه بوصف آخر في مطلق الإقرار، وهذا كله ممَّا ذكره الإمام المرغينانِي، والإمام المحبوبي رحمهما الله.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: الجودة والرداءة في الحنطة نوع، والإقرارُ بأحدهما لا يكون إقرارًا بالآخر، وكذلك الأجل في الكفالة من باب النوع، فالكفالةُ بأحد النوعين لا يكون كفالة بالآخر.

ثم ذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله هاهنا مسألة وهي: أن رجلًا لو ادَّعى على رجل مالًا والمال مؤجَّل فيخاف إن أقرَّ أخذ به، وإن أنكر يكون كاذبًا فالحيلةُ له أن يقول للمدَّعي: هذا المال الذي تدعيه مؤجل أو معجل؟ فإن قال مؤجل فلا دعوى عليه للحال، وإن قال معجل فينكر وهو صادق.

وفي «العيون»: من عليه دين مؤجَّل لو حلف ما لَه اليومَ قِبَلِي شيءٌ أرجو أن لا يكون به بأس إن كان لا يقصد به إتْواءَ حقه.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً فَكَفَلَ لَهُ رَجُلٌ بِالدَّرَكِ، قد ذكرنا أن المعنى من ضمان الدرك هو قبول ردِّ الثمن إلى المشتري عند استحقاق المبيع.

قوله: لَمْ يَأْخُذِ الكَفِيلَ حَتَّى يُقْضَى لَهُ بِالثَّمَنِ عَلَى البَائِعِ؛ - أي: لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن ولم يطالب ذلك منه حتى يقضي القاضي للمشتري على البائع بردِّ الثمن - لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ الِاسْتِحْقَاقِ لا يَنْتَقِضُ البَيْعُ، أي: لأنَّ بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع، وإذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البائع؛ لأنه لا يجب على البائع قبل انفساخ البيع؛ لأنَّ بدل المستحق مملوك، والدليل على عدم انفساخ البيع بمجرَّد القضاء بالاستحقاق أنه لو كان الثمن عبدًا فأعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق

الرِّوَايَةِ مَا لَمْ يُقْضَ لَهُ بِالثَّمَنِ عَلَى البَائِعِ فَلَمْ يَجِبْ لَهُ عَلَى الأَصِيلِ رَدُّ الثَّمَنِ فَلَا يَجِبُ عَلَى الكَفِيلِ، بِخِلَافِ القَضَاءِ بِالحُرِّيَّةِ لِأَنَّ البَيْعَ يَبْطُلُ بِهَا لِعَدَمِ المَحَلِّيَّةِ فَيَرْجِعُ عَلَى البَائِعِ وَالكَفِيلِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَبْطُلُ البَيْعُ بِالِاسْتِحْقَاقِ، فَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ يَرْجِعُ بِمُجَرَّدِ الِاسْتِحْقَاقِ وَمَوْضِعُهُ أَوَائِلُ الزِّيَادَاتُ فِي تَرْتِيبِ الأَصْلِ. (وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَضَمِنَ لَهُ رَجُلٌ بِالعُهْدَةِ فَالضَّمَانُ بَاطِلٌ) لِأَنَّ هَذِهِ اللَّفْظَةَ مُشْتَبِهَةٌ قَدْ تَقَعُ عَلَى الصَّكِّ القَدِيمِ وَهُوَ مِلْكُ البَائِعِ فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ، وَقَدْ تَقَعُ عَلَى العَقْدِ

نفذ إعتاقه، وكذلك لو كان المشتري باعَها من غيره فاستُحقت من يد الثاني لم يكن للمشتري الأول أن يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه الثاني كي لايجتمع البدلان في ملك واحد، وما لم يجب الثمن على البائع لا يرجع على الكفيل لاحتمال أن يُجيزَ المستحقُّ البيعَ فيتقرر القبض كما كان.

وكذلك حكم القاضي للمستحق بالدار لا ينتقضُ البيع في الدار ما لم يقبض برد الثمن على البائع، فإذا حكم القاضي بالثمن على البائع فقد انتقض البيعُ وسقط احتمال الإجازة ولزم البائعَ ردُّ الثمن فحل ذلك على الكفيل، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والمحبوبي رحمهما الله.

قوله: بِخِلَافِ القَضَاءِ بِالحُرِّيَّةِ، وجه الورود أن بمجرد القضاء بالحرية يثبت للمشتري حق الرجوع ولم يثبت في فصل الاستحقاق.

قوله: فِي تَرْتِيبِ الأَصْلِ، وهو ترتيب محمد رحمه الله حيث ابتدأ كتاب «الزيادات» بكتاب المأذون، ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه الآن.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَضَمِنَ لَهُ رَجُلٌ بِالعُهْدَةِ، اعلم أن هاهنا ثلاث مسائل: ضمان العهدة، وضمان الدرك، وضمان الخلاص، فضمان العهدة باطل بالاتفاق؛ لما ذكر في الكتاب، وضمان الدرك جائز بالاتفاق، واختلفوا في ضمان الخلاص فعندهما جائز؛ لأنَّ

وَعَلَى حُقُوقِهِ وَعَلَى الدَّرَكِ وَعَلَى الخِيَارِ، وَلِكُلٍّ ذَلِكَ وَجْهٌ فَتَعَذَّرَ العَمَلُ بِهَا، بِخِلَافِ الدَّرَكِ لِأَنَّهُ اُسْتُعْمِلَ فِي ضَمَانِ الِاسْتِحْقَاقِ عُرْفًا، وَلَوْ ضَمِنَ الخَلَاصَ لا يَصِحُّ

تفسيره ضمانُ تسليم المبيع إن قدَر عليه وتسليم الثمن إن عجز عنه، وهذا هو ضمان الدرك.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: تفسير ضمان الخلاص تخليصُ المبيع وتسليمه إلى المشتري على كل حالٍ، وذلك باطل؛ لأنَّه التزم شيئًا لا يقدر عليه، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله في «الجامع الصَّغير»: وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تفسير الثلاثة في أول كتاب الكفالة من «المبسوط» فقال: تفسير الدرك اشتراطُ رد الثمن على البائع عند استحقاق المبيع وهو شرط صحيح؛ لأنَّه يلائم موجَب العقد وهو ثابت بدون الشرط، فلا يزيده بالشرط إلا وكادةً فيصح الضمان به.

والثاني: شرط العهدة وهو جائز عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فإنه عبارة عن ضمان الدرك عندهما، وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في «أدب القاضي» للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق، وعند أبي حنيفة رحمه الله شرط العهدة باطل، وتفسيره عنده الصك الأصليّ الذي كان عند البائع يشترط للمشترى عليه أن يسلمه إليه، وهذا شرط لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة فكان باطلًا والضمان به يكون باطلًا أيضًا؛ لأنَّ البائع لا يجبر على دفع الصك القديم إلى المشتري إن أبى ولكن يطلب منه، فإذا أبى كيف يصنع؟ قالوا: يؤمر بإحضار الصك حتى ينسخ من تلك النسخة فيكون حجة في يد المشتري، والصكُّ القديم في يد البائع حجة له أيضًا.

والثالث: شرط الخلاص، وتفسيره أن يشترط على البائع أن المبيع إذا استحق من يده تخليصَه حتى يسلمه بأي طريق يقدر عليه، وهذا باطل؛ لأنه شرط لا يقدر على الوفاء به والمستحق رُبَّما لا يساعده عليه، ولهذا ذكر أبو زيد رحمه الله في «شروطه» أن أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله كان يكتبان في الشروط، فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصُه أو ردُّ

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ تَخْلِيصِ المَبِيعِ وَتَسْلِيمِهِ لا مَحَالَةَ وَهُوَ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَيْهِ، وَعِنْدَهُمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّرَكِ وَهُوَ تَسْلِيمُ المَبِيعِ أَوْ قِيمَتِهِ فَصَحَّ.

الثمن، وإن لم يذكر رد الثمن يفسد البيع؛ لأنَّه يبقي الضمان بتخليص المبيع وإنه باطل.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: وأمَّا ضمان العهدة فقد ذكر هنا، أي: في «الجامع الصَّغير» أنه باطل ولم يحك خلاف.

وذكر بعض مشايخنا: أن عند أبي حنيفة رحمه الله ضمان العهدة ضمان الدرك، وقيل: في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله أن العهدة لفظ مشتبه معناها؛ لأنَّ العقد يسمى عهدةً؛ لأنَّها أخذت من العهد والعقد والعهد سواء، فكانت العهدة من العهد بمنزلة العقدة من العقد، والصك يُسمى عهدة؛ لأنَّه وثيقة بمنزلة كتاب العهد، والحقوق التي ترجع إليه تسمى عهدة؛ لأنَّها من ثمرات العهد، وقد تطلق على خيار الشرط كما جاء في الحديث: «عهدة الرقيق ثلاثة أيَّام»، أي: خيار الشرط فيهم، وإذا كان كذلك بطل العمل بها قبل البيان، غير أنَّهما يقولان يجب صرفها إلى ما يصح الضمان فيه وهو الدرك تصحيحًا للضمان، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: فراغ الذمة أصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال، والله تعالى أعلم بالصَّواب.

❊ ❊ ❊

(بَابُ كَفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ)

(وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ عَلَى اثْنَيْنِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ كَمَا إذَا اشْتَرَيَا عَبْدًا بِالفِ دِرْهَمٍ وَكَفَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ فَمَا أَدَّى أَحَدُهُمَا لَمْ يَرْجِعْ عَلَى شَرِيكِهِ حَتَّى يَزِيدَ مَا يُؤَدِّيهِ عَلَى النِّصْفِ فَيَرْجِعَ بِالزِّيَادَةِ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي النِّصْفِ أَصِيلٌ وَفِي النِّصْفِ الآخَرِ كَفِيلٌ، وَلا مُعَارَضَةَ بَيْنَ مَا عَلَيْهِ بِحَقِّ الأَصَالَةِ وَبِحَقِّ الكَفَالَةِ، لِأَنَّ الأَوَّلَ دَيْنٌ وَالثَّانِيَ مُطَالَبَةٌ،

باب كفالة الرجلين

لمَّا ذكر كفالة الرجل ذكر بعده كفالة الرجلين؛ لما أن الاثنين بعد الواحد وجودًا فكذا ذكرًا طلبًا للتناسب.

قوله: وَلا مُعَارَضَةَ بَيْنَ مَا عَلَيْهِ بِحَقِّ الأَصَالَةِ وَبِحَقِّ الكَفَالَةِ؛ - فإن حق الأصالة أقوى من حق الكفالة - **لِأَنَّ الأَوَّلَ دَيْنٌ وَالثَّانِيَ مُطَالَبَةٌ**، وهذا دليل قوة الدين وضعف الكفالة، فلمَّا لم يستويا في القوة لم تثبت المعارضة بينهما؛ لأنَّ من شرط المعارضة بين الشيئين مساواتهما في القوة، فلما لم يستويا في السبب لم يستويا في الحكم، بل يثبت حكم ما هو الأقوى وهو الأداء من الدين.

وإنما قلنا أنَّ ما لزمه بالشراء هو آكد وأقوى ممَّا لزمه بالكفالة؛ لأنَّ المشتري إذا اشترى في مرض موته شيئًا يعتبر من جميع المال، ولو كفل يعتبر من الثلث، والمريض إذا اشترى وعليه دين يجوز، ولو كفل وعليه دين لا يجوز، فلمَّا لزمه كلُّ واحد من المالين

ثُمَّ هُوَ تَابِعٌ لِلْأَوَّلِ فَيَقَعُ عَنِ الأَوَّلِ، وَفِي الزِّيَادَةِ لا مُعَارَضَةَ فَيَقَعُ عَنِ الكَفَالَةِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ وَقَعَ فِي النِّصْفِ عَنْ صَاحِبِهِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ فَلِصَاحِبِهِ أَنْ يَرْجِعَ لِأَنَّ أَدَاءَ نَائِبِهِ كَأَدَائِهِ فَيُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ (وَإِذَا كَفَلَ رَجُلَانِ عَنْ رَجُلٍ بِمَالٍ عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ فَكُلُّ شَيْءٍ أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا رَجَعَ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصْفِهِ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا)

فأدّى شيئًا منه وجبَ أن يصرف إلى آكد المالين وجوبًا، كما لو اشترى ثوبًا وعشرة دراهم بعشرين درهمًا ثم نقد عشرةً في المجلس يجعل النقود ثمن الصرف؛ لأن ما يجب بعقد الصرف آكد؛ لأنَّه يحتاج فيه إلى القبض في المجلس، وإذا وقع عن حصة المشتري في نصيبه لم يرجع على شريكه.

قوله: ثُمَّ هُوَ تَابِعٌ لِلْأَوَّلِ، أي: الثاني وهو المطالبة بالدين بسبب الكفالة تابع للدين؛ لأنَّ المطالبة بالدين مبنية على وجود الدين، حتى أن وجودها بوجود الدين؛ إذ وجود المطالبة بالدين ولا دينَ محالٌ، فلمَّا كان كذلك لم تقع المعارضة بين التابع والمتبوع، بل يَقَعُ عَنِ الأَوَّلِ، وهو المتبوع.

قوله: وَفِي الزِّيَادَةِ لا مُعَارَضَةَ، بل تجرَّد أداء الزيادة للكفالة لا غير، وهذا اللفظ يوهم وجودَ المعارضة قبل الزيادة وهو كذلك في الصورة لا في الحقيقة؛ وذلك لأنَّه لو لم يكن فيه صورة المعارضة لما احتجنا إلى ترجيح الدين على الكفالة، والترجيح إنما يكون بعد صورة المعارضة.

قوله: فَيُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ؛ لأنَّ صاحب المؤدِّي يقول للمؤدَّى: أنت أدَّيتَه عنِّي بأمري فيكون ذلك كأدائي، ولو أديتُ بنفسي كان لي أن أجعل المودَّى عنك، ثم إن رجعتَ عليَّ وأنا كفيل عنك فأنا أجعله عنك وأرجع عليك؛ لأنَّ ذلك الذي أديتَه هو أدائي في التقدير، وفي حقيقة أدائي لرجعتُ عليك ففي التقدير أيضًا أرجع، وذلك الشريك الآخر أيضًا كذلك يقول، فلذلك لم يكن في الرجوع فائدة، فجعلها المؤدِّي عن نصيبه خاصة حتى ينقطع الدور، بخلاف الزيادة على النصف؛ فإنه لو رجع على شريكه بذلك لا يكون لشريكه أن يرجع

وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ فِي الصَّحِيحِ أَنْ تَكُونَ الكَفَالَةُ بِالكُلِّ عَنِ الأَصِيلِ وَبِالكُلِّ عَنِ الشَّرِيكِ وَالمُطَالَبَةُ مُتَعَدِّدَةٌ فَتَجْتَمِعُ الكَفَالَتَانِ عَلَى مَا مَرَّ وَمُوجِبُهَا التِزَامُ المُطَالَبَةِ فَتَصِحُّ الكَفَالَةُ عَنِ الكَفِيلِ كَمَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ عَنِ الأَصِيلِ وَكَمَا تَصِحُّ الحَوَالَةُ مِنَ المُحْتَالِ عَلَيْهِ. وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا وَقَعَ شَائِعًا عَنْهُمَا إِذِ الكُلُّ كَفَالَةٌ فَلَا تَرْجِيحَ

عليه؛ إذ ليس على شريكه بحكم الأصالة إلا النصف فيفيدُ الرجوع، إلى هذا أشير في شروح «الجامع الصَّغير».

وكل أمر آلت عاقبته إلى الدور لا يوجد هو في نفسه أصلًا، ألا ترى أن من أراد أن يفتح بابًا مغلقـًا والمفتاحُ في البيت يبقى الباب غير مفتوح أبدًا إذا كان فتحه موقوفـًا إلى ذلك المفتاح بعينه؛ لما أن البيت لا يفتح إلا بذلك المفتاح، ولا يتوسّل إلى ذلك المفتاح إلا عند فتح الباب يبقى كل واحد من الباب والمفتاح على حاله.

وكذلك لو وقع رجل في البئر ولا يمكن نزعه إلا بحبل يعلمه الواقع في البئر بحيث لا يمكن إعلامه، يبقى هو في البئر غير منزوع أبدًا لتوقف كل واحد من الحبل والنزع إلى الآخر.

قوله: وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ فِي الصَّحِيحِ أَنْ تَكُونَ الكَفَالَةُ بِالكُلِّ، إنما قال: فِي الصَّحِيحِ؛ لأنَّه لو جعل كل واحد منهما كفيلًا بالنصف لما صح التفريع الذي يأتِي، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

قوله: وَالمُطَالَبَةُ مُتَعَدِّدَةٌ؛ لأنَّ كل واحد من الكفيلين مطالَب بالكل من جهة المكفول عنه، ومطالبت بالكل من جهة الكفيل، فَتَجْتَمِعُ الكَفَالَتَانِ، فتعددت المطالبتان لتعدد الكفالتين.

قوله: وَكَمَا تَصِحُّ الحَوَالَةُ مِنَ المُحْتَالِ عَلَيْهِ، أي: حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر يصح فكذلك في الكفالة، والجامع بينهما التزام ما وجبَ على الأصيل من غير تعرض لنقل الدين وعدمه.

قوله: فَلَا تَرْجِيحَ لِلْبَعْضِ عَلَى البَعْضِ؛ لأنَّ الكل كفالة فيقع شائعًا، أمَّا في المسألة

لِلْبَعْضِ عَلَى البَعْضِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ فَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصْفِهِ وَلا يُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ الِاسْتِوَاءُ، وَقَدْ حَصَلَ بِرُجُوعِ أَحَدِهِمَا بِنِصْفِ مَا أَدَّى فَلَا يَنْتَقِضُ بِرُجُوعِ الآخَرِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، ثُمَّ يَرْجِعَانِ عَلَى الأَصِيلِ لِأَنَّهُمَا أَدَّيَا عَنْهُ أَحَدُهُمَا بِنَفْسِهِ وَالآخَرُ بِنَائِبِهِ (وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ بِالجَمِيعِ عَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ) لِأَنَّهُ كَفَلَ بِجَمِيعِ المَالِ عَنْهُ بِأَمْرِهِ. قَالَ: (وَإِذَا أَبْرَأَ رَبُّ المَالِ أَحَدَهُمَا أَخَذَ الآخَرَ بِالجَمِيعِ لِأَنَّ إِبْرَاءَ الكَفِيلِ لا يُوجِبُ) بَرَاءَةَ الأَصِيلِ فَبَقِيَ المَالُ كُلُّهُ عَلَى الأَصِيلِ وَالآخَرُ كَفِيلٌ عَنْهُ بِكُلِّهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلِهَذَا يَأْخُذُهُ بِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا افْتَرَقَ المُتَفَاوِضَانِ فَلِأَصْحَابِ الدُّيُونِ أَنْ يَأْخُذُوا أَيَّهُمَا شَاءُوا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ)

الأولى الترجيحُ موجود وهو أنه أصيل في النصف كفيل في النصف، فما أدى يقع عن أصالة نفسه لا عن كفالته عن صاحبه لرجحان الأصالة على الكفالة، أمَّا هنا تحصل المساواة بالرجوع بنصف ما أدَّى لما ذكرنا أن المؤدَّى وقع شائعًا؛ لأنَّ الكل كفالة فحصلت المساواة فلا يحتاج إلى القول برجوع غير المؤدّي إلى المؤدَّى فلا يلزم الدور، وحاصل الفرق بين المسألتين راجع إلى أن ما أدَّى أحد الكفيلين وقع شائعًا في الثانية، ووقع من الدين لا من الكفالة في المسألة الأولى فيما إذا لم يزد المؤدى عن النصف.

قوله: لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ الِاسْتِوَاءُ، أي: لأن قضية عقد الكفالة في المسألة الثانية الاستواء لاستوائهما في العلة وهي ضمان الكفالة، فلمَّا كانت قضية الاستواء كانت لمن أدَّى ولاية الرجوع على صاحبه بنصف ما أدَّى؛ لأنَّه مستوٍ لصاحبه في الالتزام بجهة الكفالة فينبغي أن يستويا في الغرم بسببه، بخلاف الشراء فإن هناك كل واحد منهما لم يلتزم جميعَ المال بحكم الكفالة، بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصف المال بكفالته عن شريكه، وجعلُ المؤدَّى عن الكفالة يؤدي إلى الدور فلا يجعل، كذا في «الجامع الصَّغير» للإمام المحبوبي.

قوله: وَقَدْ حَصَلَ - أي: الاستواء - **بِرُجُوعِ أَحَدِهِمَا بِنِصْفِ مَا أَدَّى**، فلا ينقض

لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الشَّرِكَةِ (وَلا يَرْجِعُ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ حَتَّى يُؤَدِّيَ أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ) لِمَا مَرَّ مِنَ الوَجْهَيْنِ فِي كَفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ. قَالَ: (وَإِذَا كُوتِبَ العَبْدَانِ كِتَابَةً وَاحِدَةً وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ فَكُلُّ شَيْءٍ أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِنِصْفِهِ) وَوَجْهُهُ أَنَّ هَذَا العَقْدَ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا، وَطَرِيقُهُ أَنْ يُجْعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَصِيلًا فِي حَقِّ وُجُوبِ الأَلْفِ عَلَيْهِ فَيَكُونُ عِتْقُهُمَا مُعَلَّقًا بِأَدَائِهِ وَيُجْعَلَ كَفِيلًا بِالأَلْفِ فِي حَقِّ صَاحِبِهِ، وَسَنَذْكُرُهُ فِي المُكَاتَبِ

الاستواء بعد ذلك بالرجوع.

قوله: وَإِذَا كُوتِبَ العَبْدَانِ كِتَابَةً وَاحِدَةً، بأن قال: كاتبتكما على ألفٍ إلى سنة.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: رجل كاتب عبدين له كتابة واحدة وجعل نجومهما واحدةً.

ثم إنما قيَّد في المسألة بالكتابة الواحدة؛ لأن كل واحد منهما لو كان مكاتباً على حدة فكفل كل واحد منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولى لا يصح قياسًا واستحسانًا، وأمَّا في مسألة الكتاب وهي كتابتهما كتابةً واحدةً يصح استحساناً ولا يصح قياسًا، فوجه القياس ظاهر وهو أنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة، وكل واحد منهما بانفراده باطل فعند الاجتماع أَوْلَى أن يكون باطلًا.

وجه الاستحسان أن هذا عقد يحتمل الصحة بأن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقاً بأدائه، كما في الولد المولود في الكتابة، بخلاف ما إذا اختلفت كتابتهما؛ لأنَّ عتق كل واحد منهما معلَّق بمال على حدة فتعذر تصحيحُه بهذا الطريق فيجب تصحيحه على هذا الوجه، ويجعل كل واحد منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلق بأدائه، فيطالب كل واحد منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة، وفي الحقيقة المال قابل بهما حتى يكون موزعًا منقسمًا عليهما، ولكنَّا قيَّدنا المالَ على كل واحد منهما تصحيحًا للكفالة، ففيما وراء ذلك العبرة للحقيقة.

إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَإِذَا عُرِفَ ذَلِكَ فَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا رَجَعَ بِنِصْفِهِ عَلَى صَاحِبِهِ لِاسْتِوَائِهِمَا، وَلَوْ رَجَعَ بِالكُلِّ لا تَتَحَقَّقُ المُسَاوَاةُ.

قَالَ: (وَلَوْ لَمْ يُؤَدِّيَا شَيْئًا حَتَّى أَعْتَقَ المَوْلَى أَحَدَهُمَا جَازَ العِتْقُ) لِمُصَادَفَتِهِ مِلْكَهُ وَبَرِئَ عَنِ النِّصْفِ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِالتِزَامِ المَالِ إِلَّا لِيَكُونَ المَالُ وَسِيلَةً إِلَى العِتْقِ وَمَا بَقِيَ وَسِيلَةً فَيَسْقُطُ وَيَبْقَى النِّصْفُ عَلَى الآخَرِ؛ لِأَنَّ المَالَ فِي الحَقِيقَةِ مُقَابَلٌ بِرَقَبَتِهِمَا. وَإِنَّمَا جُعِلَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا احْتِيَالًا لِتَصْحِيحِ الضَّمَانِ، وَإِذَا جَاءَ العِتْقُ اسْتَغْنَى عَنْهُ فَاعْتُبِرَ مُقَابَلًا بِرَقَبَتِهِمَا فَلِهَذَا يَتَنَصَّفُ، وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ بِحِصَّةِ

فإن أدَّى أَحَدُهُمَا شيئاً رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِنِصْفِ ما أدَّى، فإن قيل: كيف يرجع على صاحبه بنصف ما أدَّى؟ وقد قلتم أن المال مقابل بهما فيكون على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يكون له حق الرجوع ما لم يزد المودَّى على ما يخصّه، وإلا يلزم الدور على ما قدمنا في مسألة الدور.

قلنا: إنما يرجع على صاحبه بنصف ما أدَّى تحرزًا عن تفرق الصفقة على المولى؛ لأنَّ المؤدَّى لو وقع عن المؤدِّي على الخصوص يبرأ بأدائه عن نصيبه فيعتق؛ لأنَّ المكاتب إذا برئ عمَّا عليه من البدل يعتق، والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعًا ويعتقا جميعًا، فأوقعنا المؤدَّى عنهما جميعًا تحرزًا عن هذا، ونظيره نصرانِي كاتب عبدين له نصرانيين على خمرٍ كتابةً واحدةً، فأسلم أحدهما انقلب ما عليهما قيمةً؛ لأنَّه لو انقلب ما على المسلم منهما قيمةً دون ما على الآخر يتميز نصيبه عن نصيب صاحبه فيعتق بأداء ما عليه، فيؤدِّى إلى تفريق الصفقة من الوجه الذي قلنا ويبقى النصف على الآخر؛ لأنَّ المال في الحقيقة مقابَل برقبتهما، ولأنا جعلنا المالَ على أحدهما وعلقنا عتق الآخر بأدائه إذا كان المال على الذي أعتقه يسقط كله، وإن كان على الآخر لا يسقط شيء منه، وكل واحد منهما متردد بين أن يكون أصلًا وبين أن يكون تبعًا، فيسقط نصفه وتبقى حصَّة الآخر.

قوله: وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ بِحِصَّةِ الَّذِي لَمْ يُعْتَقْ أَيَّهُمَا شَاءَ المُعْتَقَ بِالكَفَالَةِ، فإن قيل:

الَّذِي لَمْ يُعْتِقْ أَيَّهُمَا شَاءَ المُعْتَقَ بِالكَفَالَةِ وَصَاحِبَهُ بِالأَصَالَةِ، وَإِنْ أَخَذَ الَّذِي أَعْتَقَ رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِمَا يُؤَدِّي لِأَنَّهُ مُؤَدٍّ عَنْهُ بِأَمْرِهِ، وَإِنْ أَخَذَ الآخَرُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى المُعْتَقِ بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ أَدَّى عَنْ نَفْسِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

كيف يكون المعتق هاهنا كفيلًا ببدل الكتابة والكفالة ببدل الكتابة لا تصح؟

قلنا: هذا في حالة البقاء؛ لأنَّه لم يكن هذا كفالةً في ابتدائه ببدل الكتابة، بل كان كل بدل الكتابة واجبًا على كل واحد منهما تصحيحًا للكتابة على ذلك الوجه بقدر الإمكان على ما مرَّ، وبعد إعتاق أحدهما صار المعتَق كفيلًا عن غير العتق ببدل الكتابة بقاءً، فيجوز ذلك بقاءً وإن لم يجز ابتداءً كما في موت الشهود في النكاح.

قوله: وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ بِحِصَّةِ الَّذِي لَمْ يُعْتِقْ أَيَّهُمَا شَاءَ؛ لأنَّ كل واحد منهما كان مطالبًا بجميع الألف، والباقي بعضُ ذلك الألف فيبقى على تلك الصفة؛ لأنَّ البقاء يكون على وفق الثبوت، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والإمام المرغيناني، والمحبوبي وغيرهم رحمهم الله تعالى، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ كَفَالَةِ العَبْدِ وَعَنْهُ)

(وَمَنْ ضَمِنَ عَنْ عَبْدٍ مَالًا لا يَجِبُ عَلَيْهِ حَتَّى يَعْتِقَ وَلَمْ يُسَمِّ حَالًا وَلا غَيْرَهُ فَهُوَ حَالٌّ) لِأَنَّ المَالَ حَالٌّ عَلَيْهِ لِوُجُودِ السَّبَبِ وَقَبُولِ الذِّمَّةِ، إلَّا أَنَّهُ لا يُطَالَبُ لِعُسْرَتِهِ،

باب كفالة العبد وعنه

أخَّر هذا الباب؛ لأنَّ الأحرار مقدمة على العبيد، إمَّا لشرف الإحرار وضَعَة العبيد؛ أو لأنَّ الأصل في بني آدم هو الحرية فكذا ما يتعلق بهم من الأحكام على ذلك الترتيب.

قوله: وَمَنْ ضَمِنَ عَنْ عَبْدٍ مَالًا لا يَجِبُ عَلَيْهِ، وقوله: لا يَجِبُ عَلَيْهِ، ليس هو جواب المسألة بل هو جملة فعلية وقعت صفة للنكرة وهي: مَالًا، أي: المالَ الذي لا يجب على العبد في الحال.

وصورة المسألة ما ذكرها الإمام قاضي خان رحمه الله فقال: صورة المسألة ما إذا أقرَّ العبد باستهلاك مال وكذَّبه المولى، أو أقرضه إنسان، أو باعه وهو محجور، أو وطئ امرأته بشبهة بغير إذن المولى، فإنه لا يؤاخذ به في الحال، وكذا لو أودعه إنسان فاستهلك الوديعة لا يؤاخذ به حتى يعتق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: ولفظ محمد في الكتاب: إذا استهلك مالًا لا يؤاخذ به حتى يعتق، واختلف المشايخ في مراد محمد رحمه الله بقوله: استهلك مالًا لا يؤاخذ به حتى يعتق، بعضُهم قالوا: المراد به إذا أقرَّ بالاستهلاك وكذَّبه المولى، وبعضهم قالوا: أراد به العبد المحجور عليه البائع إذا أُودعَ مالًا فاستهلكه لا يؤاخذ به للحال، بل بعد العتاق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

إِذْ جَمِيعُ مَا فِي يَدِهِ مِلْكُ المَوْلَى وَلَمْ يَرْضَ بِتَعَلُّقِهِ بِهِ وَالكَفِيلُ غَيْرُ مُعْسِرٍ، فَصَارَ كَمَا إِذَا كَفَلَ عَنْ غَائِبٍ أَوْ مُفْلِسٍ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ لِأَنَّهُ مُتَأَخِّرٌ بِمُؤَخِّرٍ، ثُمَّ إِذَا أَدَّى رَجَعَ عَلَى العَبْدِ بَعْدَ العِتْقِ لِأَنَّ الطَّالِبَ لا يَرْجِعُ عَلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ العِتْقِ، فَكَذَا الكَفِيلُ لِقِيَامِهِ مَقَامِهِ. (وَمَنِ ادَّعَى عَلَى عَبْدٍ مَالًا وَكَفَلَ لَهُ رَجُلٌ بِنَفْسِهِ فَمَاتَ العَبْدُ بَرِئَ الكَفِيلُ) لِبَرَاءَةِ الأَصِيلِ كَمَا إِذَا كَانَ المَكْفُولُ عَنْهُ بِنَفْسِهِ حُرًّا.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله في «الجامع الصَّغير»: ومن مشايخنا من قال: يحتمل قوله: يستهلك، أي: يقر بالاستهلاك فلا يؤاخذ به حتى يعتق، وأمَّا إذا استهلك مال غيره عيانـًا يؤاخذ به في الحال، فإن كان له كسب يوفَّى ذلك من كسبه، وإن لم يكن له كسب تباع رقبته بدين الاستهلاك إلا أن يقضيه المولى.

أما صحَّة الكفالة في جميع هذه الوجوه؛ لأنه كفل بمالٍ مضمون على الأصيل وهو مقدور التسليم للكفيل، فتصح الكفالة استدلالًا بسائر الديون سواء كان في ذمة الملئ أو المفلس، وإذا صح يؤاخذ به حالًا؛ لأنَّ الدين على العبد غير مؤجل لكنه لا يطالب في الحال لعُسرته ولا عُسرة في جانب الكفيل، فهو كمُفلَّسٍ عليه دين قد فلَّسه القاضي فكفل به إنسان يصح ويؤاخذ به الكفيل في الحال، وإن كان في حق الأصيل يتأخر إلى الميسرة.

بخلاف ما لو كفل بدين مؤجل عن غيره ولم يسمّ حالًا ولا مؤجلًا حيث يلزمه مؤجلًا؛ لأنَّ الدين هناك وجب مؤجلًا على الأصيل، والكفيل متحملٌ عنه ما عليه فيلزمه بصفته حتى أن التأجيل يصح وإن كان المديون موسرًا، فلذلك وجب على الكفيل بتلك الصفة، وعلى هذا لو كفل بالدين عن غائب يؤخذ الكفيل به في الحال وإن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل.

قوله: وَمَنِ ادَّعَى عَلَى عَبْدٍ مَالًا وَكَفَلَ لَهُ رَجُلٌ بِنَفْسِهِ فَمَاتَ العَبْدُ بَرِئَ الكَفِيلُ، وهذا الحكم لا يختلف بين ما إذا كان المكفول بنفسه حرًّا أو عبدًا؛ لأنَّ موت المكفول عنه بنفسه يوجب براءة الكفيل في الحر والعبد، إلا أنه ذكر العبد هاهنا ليبتني عليه المسألة

قَالَ: (فَإِنِ ادَّعَى رَقَبَةَ العَبْدِ فَكَفَلَ بِهِ رَجُلٌ فَمَاتَ العَبْدُ فَأَقَامَ المُدَّعِي البَيِّنَةَ أَنَّهُ كَانَ لَهُ ضَمِنَ الكَفِيلُ قِيمَتَهُ) لِأَنَّ عَلَى المَوْلَى رَدَّهَا عَلَى وَجْهٍ يَخْلُفُهَا قِيمَتُهَا، وَقَدِ التَزَمَ الكَفِيلُ ذَلِكَ وَبَعْدَ المَوْتِ تَبْقَى القِيمَةُ وَاجِبَةً عَلَى الأَصِيلِ فَكَذَا عَلَى الكَفِيلِ، بِخِلَافِ الأَوَّلِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَفَلَ العَبْدُ عَنْ مَوْلَاهُ بِأَمْرِهِ فَعَتَقَ فَأَدَّاهُ أَوْ كَانَ المَوْلَى كَفَلَ عَنْهُ فَأَدَّاهُ بَعْدَ العِتْقِ لَمْ يَرْجِعْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ) وَقَالَ زُفَرُ: يَرْجِعُ، وَمَعْنَى الوَجْهِ الأَوَّلِ أَنْ لَا يَكُونَ عَلَى العَبْدِ دَيْنٌ حَتَّى تَصِحَّ كَفَالَتُهُ بِالمَالِ عَنِ المَوْلَى إِذَا كَانَ بِأَمْرِهِ،

الثانية ويفرق بينهما.

قوله: فَإِنِ ادَّعَى رَقَبَةَ العَبْدِ، أي: على ذي اليد، فإنه ذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: فإن ادَّعى على ذي اليد رقبةَ العبد فكفل بنفس العبد رجلٌ ثم مات العبد فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته.

وإنما قيَّد في إثبات ملكه بإقامة البينة؛ لأنَّه لو ثبت ملك المدعي بإقرار ذي اليد أو بنكوله عند التحليف وقد مات العبد في يد ذي اليد قضى بقيمة العبد على المدَّعى عليه، ولا يلزم على الكفيل شيء ممَّا لزم على الأصيل، إلا إذا أقرَّ الكفيل بما أقرَّ به الأصيل؛ لأنَّ إقرار الأصيل لا يعتبر حجة في حق الوكيل؛ لما عرف أن الإقرار حجة قاصرة فيقتصر على المقر ولا يعدوه، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: ولا يصدق ذو اليد في موت العبد، ويحبِسُ هو والكفيل، فإن طال الحبس ضمنا القيمة، وكذا الوديعة المحجودة.

قوله: وَمَعْنَى الوَجْهِ الأَوَّلِ أَنْ يَكُونَ عَلَى العَبْدِ دَيْنٌ، وفي أكثر نسخ «الهداية»: أَنْ لَا يَكُونَ، والصحيح من الرواية: أَنْ لَا يَكُونَ عَلَى العَبْدِ دَيْنٌ، هكذا كان مكتوبًا بخط شيخي رحمه الله في موضعين.

أَمَّا كَفَالَتُهُ عَنِ العَبْدِ فَتَصِحُّ عَلَى كُلِّ حَالٍ. لَهُ أَنَّهُ تَحَقَّقَ المُوجِبُ لِلرُّجُوعِ وَهُوَ الكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ وَالمَانِعُ وَهُوَ الرِّقُّ قَدْ زَالَ. وَلَنَا أَنَّهَا وَقَعَتْ غَيْرَ مُوجِبَةٍ لِلرُّجُوعِ لِأَنَّ

وكذلك في «المبسوط» في موضعين: في باب الكفالة عن الصبيان والمماليك من كتاب الكفالة: بأن لا يكون على العبد دين، وقال بعد ذكر المولى: وإن كفل عنه بمال بإذنه وليس عليه دين فهو جائز؛ لأنَّ الحق في ماليته لمولاه وهو يملكُ أن يجعله بالدين بأن يرهنه، أو يقر بالدين، فكذلك إذا أذن له حتى كفل عنه، فإن أدَّاه بعد العتق لم يرجع على سيده، وقد صرَّح الإمام التمرتاشي رحمه الله بقوله: وإن كان على العبد دين مستغرق لم تصح كفالته لحق الغرماء وإن كان بإذن المولى.

قوله: أَمَّا كَفَالَتُهُ - أي: كفالة المولى - عَنِ العَبْدِ فَتَصِحُّ عَلَى كُلِّ حَالٍ، أي: سواء كانت الكفالة بالنفس أو بحال، وسواء كان على العبد دين أو لم يكن.

وذكر في «المبسوط»: وإذا ادعى رجل قبل عبد رجل دعوى فكفل مولاه بنفسه فهو جائز؛ لأنَّه التزم تسليم ما يقدر على تسليمه، وهذا الفصلُ في الكفالة بالنفس أقربُ إلى الجواز من غيره؛ لأنَّ له ولايةً على عبده بسبب ملكه فيقدر على تسليمه، وكذلك كفالة المولى عن العبد بالمال جائزة؛ لأنَّ العبد مطلوب بالمال لو كفل عنه أجنبي صحَّ فكذلك مولاه.

فإن قيل: دين العبد مستحق القضاء من ماليته وهي ملكُ مولاه، فأي فائدة في هذه الكفالة؟

قلنا: الفائدة شغلُ ذمة المولى بالمطالبة، أو تأجيل الدين واستحقاق قضائه من سائر أمواله، وهذا لم يكن ثابتًا قبل الكفالة، وإذا أدَّى المولى المالَ لا يرجع على عبده وإن أدَّاه بعد عتقه؛ لأنَّ بالكفالة لم يستوجب المولى عليه شيئاً، فإن المولى لا يستوجب على عبده دينًا، وقد بيَّنا أنه متى لم يجب عند الكفالة للكفيل على المكفول عنه لا يجبُ بعد ذلك.

قوله: وَلَنَا أَنَّهَا وَقَعَتْ غَيْرَ مُوجِبَةٍ لِلرُّجُوعِ، إلى آخره، وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: فإنا نقول: إن الكفالة وقعت لازمة زمانَ وجودها، وما وقع لازمًا لا يكون لبقائه حكم الابتداء، وهذه الكفالة زمان وقوعها لا تنعقد موجبة للرجوع لفقد المحلية؛ لأنَّ المولى والعبد كل

الْمَوْلَى لا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنًا وَكَذَا الْعَبْدُ عَلَى مَوْلَاهُ، فَلَا تَنْقَلِبُ مُوجِبَةً أَبَدًا كَمَنْ كَفَلَ عَنْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَأَجَازَهُ. (وَلا تَجُوزُ الكَفَالَةُ بِمَالِ الكِتَابَةِ حُرٌّ

واحد منهما لا يستوجب على صاحبه دينًا، فلو ثبت الاستيجاب إنما يثبت حالةَ البقاء ولا سبيلَ إليه، اعتبارًا بما لو كفل إنسان عن إنسان دينًا بغير أمره حتى وقعت لازمة، ثم إن المكفول عنه بلغه الخبر فأجاز لم يكن له أن يرجع على المكفول عنه بما أدَّى؛ لأنَّها زمانَ وقوعها وقعت لازمة وقد امتنع الاستيجابُ إذ ذاك، فيمتنع الاستيجاب على تقدير الإجازة، فكذلك هاهنا بل أَوْلَى؛ لأنَّ الكفيل زمان الكفالة أهل لاستيجاب الدين على المكفول عنه، والمكفول محل الاستيجاب ولكن مع هذا امتنع الاستيجابُ؛ لأنَّها زمانَ وقوعها وقعت لازمة، وما يكون لازمًا لا يكون لبقائه حكم الابتداء، فيتعذر اعتباره انشاءً في حالة البقاء فيمتنع بها الاستيجاب، فكذلك ما نحن فيه.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين العبد المرهون، فإن الراهن إذا أعتق العبد المرهون وهو معسرٌ وسَعَى العبدُ فإنه يرجع بذلك على المولى، مع أن العبد هناك أيضًا لا يستوجب على مولاه دينًا.

قلتُ: الفرق بينهما هو أن العبد ثمَّة ما كان مطالبًا قبل العتق، وإنما صار مطالبًا بعد العتق فجاز أن يرجع على المولى، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله، يعنِي: أن استيجاب الدين في مسألة الرهن إنما كان بعد العتاق، فلم يكن فيه التنافي وقت وقوع الاستيجاب فيثبت، وكلامنا فيما إذا لم يقع موجبًا لا ينقلب موجبًا في حالة البقاء، فظهر الفرق بينهما من هذا الوجه.

قوله: وَلا تَجُوزُ الكَفَالَةُ بِمَالِ الكِتَابَةِ، أي: عن المكاتب للمولى.

اعلم أن تخصيص **قوله: بِمَالِ الكِتَابَةِ**، غير مفيد؛ فإنه كما لا يجوز كفالة الكفيل بمال الكتابة عنه للمولى فكذلك لا يجوز كفالة الكفيل بدين آخر سوى بدل الكتابة للمولى على المكاتَب عن المكاتَب، هكذا ذكر في «المبسوط» فقال بعدما ذكر عدم جواز الكفالة بمال الكتابة: وكذلك لو كان للمولى عليه دين سوى المكاتبة فكفل به رجل لم يجز؛ لأنَّ المكاتب

تَكَفَّلَ بِهِ أَوْ عَبْدٌ) لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَبَتَ مَعَ الْمُنَافِي فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ صِحَّةِ الْكَفَالَةِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ عَجَّزَ نَفْسَهُ سَقَطَ، وَلَا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فِي ذِمَّةِ الْكَفِيلِ، وَإِثْبَاتُهُ

إذا عجَّز نفسه كما يسقط عنه بدل الكتابة فكذلك يسقط عنه سائر ديون المولى، فكان الفساد فيه ما هو الفساد في بدل الكتابة، فلا تجوز الكفالة بهذا كما لا تجوز بذلك، وفي عكسه تجوز الكفالة وهو أن يكون للمكاتب دين على مولاه ولم يكن ذلك الدين من جنس الكتابة، فكفل به رجل للمكاتب عن المولى صحَّ؛ لأنَّ الأصيل مطلوب بهذا المال مطلقاً فتصح كفالة الكفيل به، وهذا في المكاتب.

وأمَّا في العبد التاجر فيفرق في صحة الكفالة بين كونه مديونًا وغير مديون، فإنه إذا أدانَ العبدُ التاجر مولاه دينًا ولا دين عليه وأخذ منه كفيلًا بذلك فالكفالة باطلة؛ لأنَّ العبد التاجر لا يستوجب الدين على مولاه إذا لم يكن عليه دين، فإن دينه كسبُه وكسبُه ملك المولى، ومن ملك ما في ذمَّته سقط ذلك عنه.

وإن كان على العبد دين فالكفالة جائزة؛ لأنَّ كسبه حق غرمائه فيتحقق واجبًا في ذمة المولى، كما يتحقق في ذمة غيره فلهذا صحت الكفالة عنه، والكفالة بالنفس في ذلك مثل الكفالة بالمال؛ لأنَّه إذا لم يكن على العبد دين فخصومته مع المولى لا يلزم المولى تسليم النفس إليه للجواب، فلا تصح الكفالة بتسليم نفسه أيضًا، وإذا كان عليه دين فإنه يستحق على المولى تسليم النفس للجواب فيصح التزامه بالكفالة، هكذا ذكر في مواضع متفرقة في باب الكفالة عن الصبيان والمماليك من كفالة «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ - أي: لأنَّ عقد الكتابة - **دَيْنٌ ثَبَتَ مَعَ الْمُنَافِي** - وهو الرق، فإن المولى لا يستوجب على عبده دينًا، والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم - **فَلَا يَظْهَرُ**، أي: دين العبد وهو بدل الكتابة.

قوله: وَلَا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، وهو سقوط بدل الكتابة عند عجز المكاتب، ولا يمكن إثبات عقد الكتابة مطلقًا على الكفيل لئلا يلزم على الكفيل أكثر ممَّا لزم على الأصيل، والكفالة تقتضي الاتحاد من حيث الأوصاف حتى يثبت فيها معنى الضم مطلقًا،

مُطْلَقًا يُنَافِي مَعْنَى الضَّمِّ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِهِ الِاتِّحَادُ، وَبَدَلُ السِّعَايَةِ كَمَالِ الكِتَابَةِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ كَالمُكَاتَبِ عِنْدَهُ.

ألا ترى أن الدين لو كان مؤجلًا على الأصيل يثبت كذلك على الكفيل إذا كفل مطلقًا، وكذلك لو كان الدين زيفًا أو جيدًا على الأصيل فيجب على الكفيل بتلك الصفة تحقيقًا لمعنى الضم مطلقًا.

وذكر في «المبسوط»: ولأن مال الكتابة على المكاتب بصفة لا يمكن إيجابُه بتلك الصفة على الكفيل؛ لأنَّ المكاتب متمكن من أن يُسقطه عن نفسه بأن يُعَجِّز نفسَه ولا يمكن إثباته في ذمة الكفيل بهذه الصفة، ولو أثبتنا في ذمة الكفيل مطلقًا كذا أوجبنا في ذمة الكفيل أكثر ممَّا هو واجب في ذمة الأصيل وذلك لا يجوز.

قوله: وَبَدَلُ السِّعَايَةِ كَمَالِ الكِتَابَةِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ؛ حيث لا تجوز الكفالة به للمولى ولكن كان ذلك معلّلًا بالعلة الأولى وهي **قوله**: لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَبَتَ مَعَ المُنَافِي؛ لما أن للمستسعَى عنده أحكام العبد من عدم قبول الشهادة، وتزوج المرأتين، والحدود وغيرها، دون العلة الثانية؛ لأنَّه لا يرد في حقه التعجيز وسقوط بدل السعاية بالتعجيز، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(كِتَابُ الحَوَالَةِ)

كتاب الحوالة

المناسبة بين الحوالة والكفالة ظاهرة؛ من حيث أن في كل منهما التزامًا لما على الأصيل، حتى استعير كل واحدة منهما للأخرى إذا كان موجبُ إحداهما مشروطاً عند ذكر الأخرى على ما عرف، لكنه أخَّر الحوالة عن الكفالة؛ لأنَّ الحوالة تتضمن براءة الأصيل، والبراءة أبدًا تقفو الكفالة فكذلك ما يتضمنها.

فيحتاج هاهنا إلى معرفة الحوالة لغةً، وشرعًا، وإلى معرفة دليل جوازها، وشرطها، وحكهما، وأنواعها، وبيان عود الدين إلى ذمة المحيل.

أمَّا لغةً: فقد ذكر في «المغرب»: فأصل تركيب الحوالة دال على الزوال والنقل، ومنه التحويل، وهو نقل شيء من محل إلى آخر.

وأمَّا شرعًا: فإنَّها عبارة عن تحوّل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به.

وأمَّا دليل الجواز: فهو ما ذكر في الكتاب من قوله صلَّى الله عليه وسلم: «مَنْ أُحِيلَ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ»، وأدنى درجات الأمر الجواز.

وأمَّا شرائطها: فقال في «الذخيرة»: فمن شرائط الحوالة رضا المحتال عليه وقبول الحوالة سواء كان على المحتال عليه دين للمحيل أو لم يكن، وكذلك رضا الطالب وقبوله شرط لصحة الحوالة بلا خلاف، وأمَّا رضا من عليه الدين وأمره ليس بشرط لصحة قبول الحوالة من غيره، حتى أن من قال لغيره: إن لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل به عليَّ،

....

ورضى بذلك صاحب الدين صحت الحوالة، فإن أدى المال لا يرجع بذلك على الذي عليه الأصل وبرئ الذي عليه الأصل كما في الحوالة بالأمر.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: صحة الحوالة تعتمد على قبول المحتال له والمحتال عليه، ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما قلنا في الكفالة، إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب، ولا يشترط حضرة المحتال عليه لصحة الحوالة، حتى لو أحاله على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة.

وكذا لا يعتبر حضور المحيل حتى لو قال رجل لصاحب الدين: لك على فلان من فلان ألف درهم، فاحتل بها عليَّ فرضى الطالبُ بذلك وأجاز صحت الحوالة حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك، ولو قال رجل للمديون: أن لفلان ابن فلان عليك ألف درهم فاحتل بها له عليَّ، فقال المديون: احتلتُ ثم بلغ الطالب فأجاز لا يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد.

وأمَّا حكمها: فنقول: حكم الحوالة برآءة المحيل وتوجُّه المطالبة على المحتال عليه عند علمائنا الثلاثة.

ثم اختلف المشايخ في أن الحوالة توجب برآءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين أم عن المطالبة دون الدين؟ وإنما اختلفوا على هذا الاختلاف؛ لأنَّ محمدًا رحمه الله ذكر أحكامًا تدل على القولين، أمَّا التي تدل على القسم الثاني وهو أن الحوالة توجب برآءة ذمة المحيل عن المطالبة دون الدين فهي أن المحتال له إذا أبرأ المحتال عليه يصح إبراؤه ولا يرتد بردِّه كإبراء الكفيل، ولو انتقل أصل الدين إلى المحتال عليه وجب أن يرتد برده كما لو أبرأ المحيلَ قبل الحوالة، أو الأصيل في الكفالة، فإن الإبراء حينئذٍ يكون تمليكًا للدين ممن عليه الدينُ والتمليك يرتد بالرد.

ومنها: أن المحيل إذا نقد ما للمحتال له يجبر المحتال له على القبول، ولو انتقل أصل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعًا في نقد المال كأجنبيّ آخر، والأجنبيُّ إذا تبرع بقضاء الدين للغير لا يجبر رب الدين على قبوله.

قَالَ: (وَهِيَ جَائِزَةٌ بِالدُّيُونِ) قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ أُحِيلَ

ومنها: أن المحتال له إذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة عن المحتال عليه لا يصح، ولو انتقل الدين بالحوالة يصير المحيل أجنبيًّا وتوكيل الأجنبي بقبض الدين غير صحيح، وحيث لم يصح علم أن الأمر كما قلنا.

ومنها: أن المحتال له إذا أبرأ المحتال عليه من الدين فالمحتال عليه لا يرجع على المحيل، ولو وهب المحتال له الدينَ من المحتال عليه فالمحتال عليه يرجع بذلك على المحيل إن لم يكن للمحيل عليه دين، وإن كان فيلتقيان قصاصًا فيسقط دين المحيل، وكذلك لو أبرأ المحتال عليه لا يرتد بالرد، ولو وهب الدين منه يرتد بردِّه وجعل الجواب فيه كالجواب في الكفيل، ولو كان المتحول الدين كان الإبراء والهبة في حقه سواء، ولكان يرتد برده كما في حق المديون.

وأمَّا التي تدل على القول الأول وهو أن الحوالة توجب برآءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعًا، فهي أن المحتال له إذا وهب الدين من المحيل، أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا يصح إبراؤه وهبته، ولو بقي الدين في ذمته وجبَ أن يصح، وبمثله لو أبرأ المحتال عليه أو وهب الدين منه يصح، وهذا يقتضي تحول الدين إلى ذمة المحتال عليه وبراءة المحيل عن الدين.

قال مشايخنا وهو الصحيح؛ لأنَّه تصرف في تحويل الدين فيجب تحويلُه، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله أن هذا الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فعند أبي يوسف رحمه الله الحوالة توجب تحويل الدين والمطالبة، وعند محمد رحمه الله توجب تحويل المطالبة دون الدين، قال: وفائدة هذا الاختلاف تظهر في مسألتين:

إحداهما: أن الراهن إذا أحال المرتهن بعد الرهن بالدين على غيره هل يسترد الرهنَ؟ عند أبي يوسف رحمه الله يسترد كما لو أبرأه عنه، وعند محمد رحمه الله لا يسترده كما لو أجَّل الدين بعد الرهن.

والثانية: أنه إذا أبرأ الطالب الدين من المحيل بعد الحوالة عند أبي يوسف رحمه الله

عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ» وَلِأَنَّهُ التزَمَ مَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَتَصِحُّ كَالكَفَالَةِ، وَإِنَّمَا اخْتَصَّتْ بِالدُّيُونِ لِأَنَّهَا تُنْبِئُ عَنِ النَّقْلِ وَالتَّحْوِيلِ، وَالتَّحْوِيلُ فِي الدَّيْنِ لا فِي العَيْنِ.

لا يصح؛ لأنَّه برئ من الدين بعد الحوالة، وعند محمد رحمه الله يصح إبراؤه ويبرأ المحيل؛ لأنَّ أصل الدين بقي في ذمة المحيل بعد الحوالة فبالحوالة إنما تحول المطالبة لا غير، كذا ذكره الإمام المحبوبي، والتمرتاشي رحمهما الله.

وذكر في «الذخيرة» بعدما ذكر هذا الخلاف الذي ذكرنا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فقال: وبعض مشايخنا أنكروا هذا الخلاف وقالوا: لم ينقل إلينا عن محمد رحمه الله نصًّا أن الحوالة لنقل المطالبة دون نقل الدين، إلا أن محمدًا رحمه الله ذكر في «الكتاب» أحكامًا متشابهة، واعتبر الحوالةَ في حق بعضها تأجيلًا، وجعل المحولَ بها المطالبة دون الدين، واعتبرها في بعض الأحكام إبراءً، وجعل المحول بها المطالبة والدين، وإنما فعل هكذا؛ لأنَّ اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين؛ لأنَّ الحوالة منبئة عن النقل وقد أضيف إلى الدين، واعتبار المعنى يوجب نقل المطالبة لا غير؛ لأنَّ الحوالة تأجيل معنًى، ألا ترى أنه إذا مات المحتال عليه مفلساً يعود الدين إلى ذمة المحيل، وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر الحقيقة في بعض الأحكام واعتبر المعنى في بعض الأحكام.

وأمَّا أنواعها: فإن الحوالة على نوعين: مطلقة ومقيدة، ويجيء تفسيرهما بعد هذا، وكذا بيانُ عود الدين إلى ذمة المحيل.

المليء: الغنيُّ المقتدر.

قوله: وَالتَّحْوِيلُ فِي الدَّيْنِ لا فِي العَيْنِ، أي: التحويل الذي نحن في بيانه تحويل شرعيٌّ، والتحويل الشرعي إنما يتحقق في المحوَّل الشرعي وهو الدين؛ لأنَّ الدين عبارة عن وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة، ولمَّا كان كذلك لا يتصور التحويل الشرعي في العين؛ لأنَّ الحوالة إنما تحوِّل ما في الذمة، والعين لا يثبت في الذمة، فلذلك لا يعمل النقل والتحويل الشرعي في العين، حتى إذا قال الرجل لغيره ألف مرَّة: نقلتُ هذا الكتاب من موضع إلى موضع، ما لم ينقل بفعله حسًّا لا يتحقق النقل؛ لأنَّ الكتاب عين فإنما يعمل

قَالَ: (وَتَصِحُّ الحَوَالَةُ بِرِضَا المُحِيلِ وَالمُحْتَالِ وَالمُحْتَالِ عَلَيْهِ) أَمَّا المُحْتَالُ فَلِأَنَّ الدَّيْنَ حَقُّهُ وَهُوَ الَّذِي يَنْتَقِلُ بِهَا وَالذِّمَمُ مُتَفَاوِتَةٌ فَلا بُدَّ مِنْ رِضَاهُ، وَأَمَّا المُحْتَالُ عَلَيْهِ فَلِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ الدَّيْنُ وَلا لُزُومَ بِدُونِ التِزَامِهِ، وَأَمَّا المُحِيلُ فَالحَوَالَةُ تَصِحُّ بِدُونِ رِضَاهُ ذَكَرَهُ فِي الزِّيَادَاتِ لِأَنَّ التِزَامَ الدَّيْنِ مِنَ المُحْتَالِ عَلَيْهِ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَهُوَ لا يَتَضَرَّرُ بِهِ بَلْ فِيهِ نَفْعُهُ لِأَنَّهُ لا يَرْجِعُ عَلَيْهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِأَمْرِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا تَمَّتِ الحَوَالَةُ بَرِئَ المُحِيلُ مِنَ الدَّيْنِ بِالقَبُولِ) وَقَالَ زُفَرُ: لا يَبْرَأُ اعْتِبَارًا بِالكَفَالَةِ، إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدُ تَوَثُّقٍ، وَلَنَا أَنَّ الحَوَالَةَ لِلنَّقْلِ لُغَةً، وَمِنْهُ حَوَالَةُ

فيه النقل الحسي لا الشرعي، وكذلك في المنقول الشرعي لا يعمل فيه إلا النقل الشرعي لا الحسي فلذلك قال: وَالتَّحْوِيلُ فِي الدَّيْنِ، أي: التحويل الشرعي في الدين لا في العين.

قوله: وَهُوَ الَّذِي يَنْتَقِلُ بِهَا، أي: والدين هو الذي ينتقل بالحوالة.

قوله: وَأَمَّا المُحِيلُ فَالحَوَالَةُ تَصِحُّ بِدُونِ رِضَاهُ، لكن لو اشترط رضا المحيل إنما يشترط لفائدة الرجوع عليه إذا كان بأمره.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَبْرَأُ اعْتِبَارًا بِالكَفَالَةِ، وقال ابن أبي ليلى: الكفالة موجب برآءة الأصيل اعتبارًا بالحوالة، فكان قول ابن أبي ليلى على مضادة قول زفر رحمه الله فيهما، ونحن فصلنا بينهما فقلنا بالبراءة في الحوالة لدلالتها على النقل، وعدم البراءة في الكفالة لدلالتها على الضم، والمعاني الشرعيَّة مبنية على الإنباء اللغوي؛ إذ كل واحد منهما عقد يوثق بحق الطالب وذلك في أن تزداد له المطالبة لا أن يسقط ما كان له من المطالبة.

ولكنا نقول: كل واحد من العقدين اختص باسم، واختصاص العقد باسم كان لاختصاصه بموجب هو معنى ذلك الاسم، كاختصاص الصرف باسمٍ كان لاختصاصه بموجَب هو معنى ذلك الاسم، وهو صرف ما في يد كل واحد منهما إلى صاحبه بالقبض في المجلس، والسلمُ اختص باسم لاختصاصه بموجَب هو معنى ذلك الاسم، وهو تعجيل أحد البدلين بالقبض في المجلس

عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ» وَلِأَنَّهُ التزَمَ مَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَتَصِحُّ كَالكَفَالَةِ، وَإِنَّمَا اخْتَصَّتْ بِالدُّيُونِ لِأَنَّهَا تُنْبِئُ عَنِ النَّقْلِ وَالتَّحْوِيلِ، وَالتَّحْوِيلُ فِي الدَّيْنِ لَا فِي العَيْنِ.

لا يصح؛ لأنَّه برئ من الدين بعد الحوالة، وعند محمد رحمه الله يصح إبراؤه ويبرأ المحيل؛ لأنَّ أصل الدين بقي في ذمة المحيل بعد الحوالة فبالحوالة إنما تحول المطالبة لا غير، كذا ذكره الإمام المحبوبي، والتمرتاشي رحمهما الله.

وذكر في «الذخيرة» بعدما ذكر هذا الخلاف الذي ذكرنا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فقال: وبعض مشايخنا أنكروا هذا الخلاف وقالوا: لم ينقل إلينا عن محمد رحمه الله نصًّا أن الحوالة لنقل المطالبة دون نقل الدين، إلا أن محمدًا رحمه الله ذكر في «الكتاب» أحكامًا متشابهة، واعتبر الحوالةَ في حق بعضها تأجيلًا، وجعل المحولَ بها المطالبة دون الدين، واعتبرها في بعض الأحكام إبراءً، وجعل المحول بها المطالبة والدين، وإنما فعل هكذا؛ لأنَّ اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين؛ لأنَّ الحوالة منبئة عن النقل وقد أضيف إلى الدين، واعتبار المعنى يوجب نقل المطالبة لا غير؛ لأنَّ الحوالة تأجيل معنًى، ألا ترى أنه إذا مات المحتال عليه مفلسًا يعود الدين إلى ذمة المحيل، وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر الحقيقة في بعض الأحكام واعتبر المعنى في بعض الأحكام.

وأمَّا أنواعها: فإن الحوالة على نوعين: مطلقة ومقيدة، ويجيء تفسيرهما بعد هذا، وكذا بيانُ عود الدين إلى ذمة المحيل.

المليء: الغنيُّ المقتدر.

قوله: وَالتَّحْوِيلُ فِي الدَّيْنِ لَا فِي العَيْنِ، أي: التحويل الذي نحن في بيانه تحويل شرعيٌّ، والتحويل الشرعي إنما يتحقق في المحوَّل الشرعي وهو الدين؛ لأنَّ الدين عبارة عن وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة، ولمَّا كان كذلك لا يتصور التحويل الشرعي في العين؛ لأنَّ الحوالة إنما تحوِّل ما في الذمة، والعين لا يثبت في الذمة، فلذلك لا يعمل النقل والتحويل الشرعي في العين، حتى إذا قال الرجل لغيره ألف مرَّة: نقلتُ هذا الكتاب من موضع إلى موضع، ما لم ينقل بفعله حسًّا لا يتحقق النقل؛ لأنَّ الكتاب عين فإنما يعمل

قَالَ: (وَتَصِحُّ الحَوَالَةُ بِرِضَا المُحِيلِ وَالمُحْتَالِ وَالمُحْتَالِ عَلَيْهِ) أَمَّا المُحْتَالُ فَلِأَنَّ الدَّيْنَ حَقُّهُ وَهُوَ الَّذِي يَنْتَقِلُ بِهَا وَالذِّمَمُ مُتَفَاوِتَةٌ فَلا بُدَّ مِنْ رِضَاهُ، وَأَمَّا المُحْتَالُ عَلَيْهِ فَلِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ الدَّيْنُ وَلا لُزُومَ بِدُونِ التِزَامِهِ، وَأَمَّا المُحِيلُ فَالحَوَالَةُ تَصِحُّ بِدُونِ رِضَاهُ ذَكَرَهُ فِي الزِّيَادَاتِ لِأَنَّ التِزَامَ الدَّيْنِ مِنَ المُحْتَالِ عَلَيْهِ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَهُوَ لا يَتَضَرَّرُ بِهِ بَلْ فِيهِ نَفْعُهُ لِأَنَّهُ لا يَرْجِعُ عَلَيْهِ إذَا لَمْ يَكُنْ بِأَمْرِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا تَمَّتِ الحَوَالَةُ بَرِئَ المُحِيلُ مِنَ الدَّيْنِ بِالقَبُولِ) وَقَالَ زُفَرُ: لا يَبْرَأُ اعْتِبَارًا بِالكَفَالَةِ، إذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدُ تَوَثُّقٍ، وَلَنَا أَنَّ الحَوَالَةَ لِلنَّقْلِ لُغَةً، وَمِنْهُ حَوَالَةُ

فيه النقل الحسي لا الشرعي، وكذلك في المنقول الشرعي لا يعمل فيه إلا النقل الشرعي لا الحسي فلذلك قال: وَالتَّحْوِيلُ فِي الدَّيْنِ، أي: التحويل الشرعي في الدين لا في العين.

قوله: وَهُوَ الَّذِي يَنْتَقِلُ بِهَا، أي: والدين هو الذي ينتقل بالحوالة.

قوله: وَأَمَّا المُحِيلُ فَالحَوَالَةُ تَصِحُّ بِدُونِ رِضَاهُ، لكن لو اشترط رضا المحيل إنما يشترط لفائدة الرجوع عليه إذا كان بأمره.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَبْرَأُ اعْتِبَارًا بِالكَفَالَةِ، وقال ابن أبي ليلى: الكفالة موجب برآءة الأصيل اعتبارًا بالحوالة، فكان قول ابن أبي ليلى على مضادة قول زفر رحمه الله فيهما، ونحن فصلنا بينهما فقلنا بالبراءة في الحوالة لدلالتها على النقل، وعدم البراءة في الكفالة لدلالتها على الضم، والمعاني الشرعيَّة مبنية على الإنباء اللغوي؛ إذ كل واحد منهما عقد يوثق بحق الطالب وذلك في أن تزداد له المطالبة لا أن يسقط ما كان له من المطالبة.

ولكنا نقول: كل واحد من العقدين اختص باسم، واختصاص العقد باسم كان لاختصاصه بموجب هو معنى ذلك الاسم، كاختصاص الصرف باسمٍ كان لاختصاصه بموجَب هو معنى ذلك الاسم، وهو صرف ما في يد كل واحد منهما إلى صاحبه بالقبض في المجلس، والسلمُ اختص باسم لاختصاصه بموجَب هو معنى ذلك الاسم، وهو تعجيل أحد البدلين بالقبض في المجلس

الغِرَاسِ وَالدَّيْنُ مَتَى انْتَقَلَ عَنِ الذِّمَّةِ لا يَبْقَى فِيهَا. أَمَّا الكَفَالَةُ فَلِلضَّمِّ وَالأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى وِفَاقِ المَعَانِي اللُّغَوِيَّةِ وَالتَّوَثُّقِ بِاخْتِيَارِ الأَمْلَإِ وَالأَحْسَنِ فِي القَضَاءِ، وَإِنَّمَا يُجْبَرُ عَلَى القَبُولِ إِذَا نَقَدَ المُحِيلُ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ عَوْدُ المُطَالَبَةِ إِلَيْهِ بِالتَّوَى فَلَمْ يَكُنْ مُتَبَرِّعًا.

وتأخير البدل الآخر بالتأجيل، فكذلك هاهنا معنى الكفالة الضم فيقتضي أن يكون موجب هذا العقد ضمُّ إحدى الذمتين إلى الأخرى، وذلك لا يكون مع براءة ذمة الأصيل، ومعنى الحوالة التحويل وذلك لا يتحقق إلا بفراغ ذمة الأصيل، وأحكام العقود تثبت على وفاق ما ينبئ عنه اللفظ لغةً، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

فإن قيل: يشكل هذا بما إذا كانت الحوالة بغير أمر المحيل؛ فإن الحوالة تصح على ما ذكر في الكتاب ولا يتحقق النقل فيه.

قلنا: يتحقق الحوالة فيه معنى؛ فإن الرجل إذا قال لرب الدين: أديتُ دينك على أن لا أرجع على المديون، تكون الحوالة موجودة معنى كما أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالةٌ والكفالة بغير الأمر جائزة، فكذلك هاهنا، ومعنى النقل يتحقق بعد أداء الدين حتى لا يبقى على المحيل شيء.

قوله: وَالأَحْسَنِ فِي القَضَاءِ، هو أن لا يماطل، وأن يعطى الدين بأجود ممَّا كان الدين وأرجح.

قوله: وَإِنَّمَا يُجْبَرُ عَلَى القَبُولِ، أي: ينزل منزلة القابض إذا رفع الموانع بين المحتال له وبين المنقود، هذا جواب سؤال مقدَّر وهو أن يقال: لما انتقل الدين بالحوالة من ذمة المحيل كما قلتم يجب أن يكون المحيل في أدائه متبرعًا، والمتبرعُ لو أدى دينَ مديون لا يجبر رب الدين على القبول وهاهنا يجبر، عُلم أنه لم يكن متبرعًا فلمَّا لم يكن متبرعًا عُلم أن الدين في ذمته باقٍ كما كان، فحينئذٍ لم يوجد معنى الحوالة وهو النقل، فأجاب عنه وقال: والجبر هاهُنا إنما كان لوهم عَوْدِ المُطَالَبَةِ إِلَيْهِ بِالتَّوَى، لا لبقاء الدين في ذمته.

قَالَ: (وَلا يَرْجِعُ المُحْتَالُ عَلَى المُحِيلِ إِلَّا أَنْ يُتْوَى حَقُّهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَرْجِعُ وَإِنْ تَوِيَ لِأَنَّ البَرَاءَةَ حَصَلَتْ مُطْلَقَةً فَلا تَعُودُ إِلَّا بِسَبَبٍ جَدِيدٍ. وَلَنَا أَنَّهَا مُقَيَّدَةٌ بِسَلامَةِ حَقِّهِ لَهُ إِذْ هُوَ المَقْصُودُ، أَوْ تَنْفَسِخُ الحَوَالَةُ لِفَوَاتِهِ لِأَنَّهُ قَابِلٌ لِلْفَسْخِ فَصَارَ كَوَصْفِ السَّلَامَةِ فِي المَبِيعِ.

قوله: وَلا يَرْجِعُ المُحْتَالُ، أي: المحتالُ له.

قوله: لِأَنَّ البَرَاءَةَ حَصَلَتْ مُطْلَقَةً، أي: عن قيد الرجوع على المحيل عند التَّوى، والحوالة للنقل والمنتقل من الأوصاف لا يعود.

قوله: وَلَنَا أَنَّهَا مُقَيَّدَةٌ - أي: أن البرآءة مقيَّدة - بِسَلَامَةِ حَقِّهِ لَهُ، يعني: أن الحوالة التي تحصل بها البرآءة وإن كانت مطلقة لفظاً لكنها هي مقيَّدة بشرط السلامة، فلمَّا لم يسلم للمحتال له حقه يرجع به على المحيل فإن دلالة الحال تصلح للتقييد، كما إذا أقامت المرأة للخروج فقال الزوج: إن خرجتِ فأنت طالق، ينصرف إلى هذه الخرجة التي قصدت في الحال، حتى لو قعدت ثم خرجت بعد زمان لا تطلق.

قوله: إِذْ هُوَ المَقْصُودُ، أي: وصول حق المحتال له إليه سالماً هو المقصود من عقد الحوالة؛ لأنَّه عقد توثق فيليق بحاله إبرام الحق وأحكامه لا إبطاله.

قوله: فَصَارَ كَوَصْفِ السَّلَامَةِ فِي المَبِيعِ، بأن اشترى شيئاً فوجده معيبًا يرجع بنقصان العيب وإن لم يشترط ذلك لفظاً؛ لما أن وصف السلامة مستحق للمشتري، فلمَّا لم يسلم له حقه فيه يرجع به على البائع، فكذلك هاهُنا لمَّا لم يسلم للمحتال له حقه فيه يرجع به على المحيل.

فإن قلتَ: المحتال له وقت الحوالة مخيّر بين شيئين، وإنه مخير بين أن يقبل الحوالة فيثبت حقه في ذمة المحتال عليه، وبين أن يأبى ويكون حقه في ذمة المحيل، والمخيّر بين الشيئين إذا اختار أحدَهما يتعين ذلك عليه ولا يعود إلى المحل الآخر بعد ذلك قط،

قَالَ: (وَالتَّوَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَحَدُ الأَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَجْحَدَ الحَوَالَةَ وَيَحْلِفَ وَلا بَيِّنَةَ لَهُ عَلَيْهِ، أَوْ يَمُوتَ مُفْلِسًا) لِأَنَّ العَجْزَ عَنِ الوُصُولِ يَتَحَقَّقُ بِكُلِّ

كالغاصب الأول مع الثانِي إذا اختار المغصوبُ منه تضمين أحدهما ثم نوى ما عليه لم يرجع على الآخر بشيءٍ، وكالمولى إذا أعتق عبده المديون فأختار الغرماء استسعاء العبد ثم نوى ذلك عليه لم يرجعوا على المولى بشيءٍ من الضمان لما قلنا؛ ولأنا لو قلنا باشتراط وصف السلامة للمحتال له كما في وصف السلامة في المبيع كان معاوضة، فبعد ذلك لا يخلو إمَّا إن كانت الحوالة معاوضة الذمة بالذمة، أو الدين بالدين، وكل ذلك باطل، وإذا لم يكن معاوضة لم يكن تعذر وصوله إليه مثبتًا حق الرجوع له على المحيل.

قلتُ: إن ما في ذمة المحتال عليه ليس بعوض كما كان في ذمة المحيل؛ لأنَّ قبض الأعواض إنما يكون بالمال العين لا بالذمة، بل ذمة المحتال عليه جعل خلفًا عن ذمة المحيل في ثبوت حق المحتال له فيها، كما في حوالة الغراس المكانُ الثانِي يكون خلفًا عن المكان الأول، ويكون الثابت في المكان الثانِي عين ما كان في المكان الأول، فإذا كان الطريق هكذا فنقول: إنما رضي الطالب بهذه الخلافة على قصد التوثيق لحقه، فيكون رضًا بشرط أن يسلم له ما في الذمة الثانية، فإذا لم يسلم فقد انعدم رضاه فيعود المالُ إلى المحل الأول كما كان بمنزلة ما لو اشترى عينًا، إلا أن هناك المحل الذي هو خلفٌ في يد الغريم فكان مطالبًا بتسليمه، وهاهنا المحل الذي هو خلف ليس في يد الغريم فلم يكن هو مطالبًا بتسليم شيء، ولكن ليس في يد الطالب أيضًا فلم يصر قابضًا لحقه، وما لم يصر قابضًا لا يدخل في ضمانه فلا يكون التوى عليه، وبه فارق الغاصب الأول مع الثانِي، والمولى مع العبد، فإن إحدى الذمتين هناك ليست بخلف عن الأخرى ولكن صاحب الحق كان مخيرًا ابتداء، والمخيّر بين الشيئين إذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَلا بَيِّنَةَ لَهُ عَلَيْهِ، أي: ولا بينة للمحتال له على المحتال عليه بقبول الحوالة.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: أو بجحد المحتال عليه ويحلف ولا بينة للمحيل ولا للمحتال له، أو يموت ولم يترك مالًا ولا دينًا ولا كفيلًا، ولو مات المحتال عليه فقال

وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَهُوَ التَّوَى فِي الحَقِيقَةِ (وَقَالَا هَذَانِ الوَجْهَانِ وَوَجْهٌ ثَالِثٌ وَهُوَ أَنْ يَحْكُمَ الحَاكِمُ بِإِفْلَاسِهِ حَالَ حَيَاتِهِ) وَهَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الإِفْلَاسَ لا يَتَحَقَّقُ بِحُكْمِ القَاضِي عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، لِأَنَّ مَالَ اللهِ غَادٍ وَرَائِحٌ.

المحتال: مات مفلسًا وقال المحيل بخلافه، ففي «الشّافي»: القول للمحتال مع اليمين على العلم لتمسكه بالأصل، وفي «شرح الشّافي»: القول للمحيل مع اليمين على العلم لإنكاره عود الدّين، ولكن ذكر في «المبسوط» كما ذكر في «الشّافي» فقال: القول قول الطالب مع يمينه على علمه؛ لأنه يتمسّك بالأصل وهو العُسرة؛ ولأنه بالحوالة لم يدخل في ملك المحتال عليه مال، ولو كان حيًّا فزعم أنه مفلس فالقول قوله فكذلك بعد موته، وإذا زعم الطالب أنه مفلسٌ فالقول قوله مع يمينه على علمه.

قوله: وَقَالَا هَذَانِ... وَوَجْهٌ ثَالِثٌ، فكان هذا نظير ما حُكي في النحو من مذهب سيبويه والأخفش في العامل المعنوي، فعند سيبويه وهو الأستاذ سيَّان لا غير، وعند الأخفش وهو التلميذ هذان وشيء ثالث.

يقال: أفلس، أي: صار ذا فَلْس بعد أن كان ذا درهم ودينار، فاستعمل مكان افتقرَ، وفلّسه القاضي: أي: قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله، كذا في «الطّلبة».

قوله: لِأَنَّ مَالَ اللهِ غَادٍ وَرَائِحٌ، يعني: (مال خداى تعالى بامداد آينده است وشبانگاه رونده)، أو على العكس، يقال: راحَ، خلاف غدًا، إذا جاء أو ذهب رواحًا أي: بعد الزوال، أي: يختلف أحوال المرء في السّاعات القريبة من الفقر والغِنى، فلذلك لا يعتبر حكم القاضي بالإفلاس في حكم التّوى حتى يعودَ المحتال به إلى المحيل، وفي قطع ملازمة رب الدين عن المديون؛ لأنّه يحتمل أن المقضيّ عليه بالإفلاس صار غنيًّا وهو في مجلس القضاء بعدُ، بأن يرث أموالًا كثيرة من قريبٍ له مات، فإنه ذكر في «المبسوط»: وأبو حنيفة رحمه الله يقول: الإفلاس لا يتحقق؛ لأنّ المال غاد ورائح، فقد يصبح الرجل فقيرًا أو يمسي غنيًّا.

ثم عود المحتال إلى المحيل بالتّوى لا لتعذر الاستيفاء، ألا ترى أنه لو تعذر استيفاؤه من المحتال عليه بغيبته لم يرجع على المحيل بشيءٍ، ولا تصور للتوى في الدين حقيقةً وإنما

قَالَ: (وَإِذَا طَالَبَ المُحْتَالُ عَلَيْهِ المُحِيلَ بِمِثْلِ مَالِ الحَوَالَةِ فَقَالَ المُحِيلُ أَحَلْتُ بِدَيْنٍ لِي عَلَيْكَ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ وَكَانَ عَلَيْهِ مِثْلُ الدَّيْنِ) لِأَنَّ سَبَبَ الرُّجُوعِ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ قَضَاءُ دَيْنِهِ بِأَمْرِهِ إِلَّا أَنَّ المُحِيلَ يَدَّعِي عَلَيْهِ دَيْنًا وَهُوَ يُنْكِرُ وَالقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ، وَلَا تَكُونُ الحَوَالَةُ إِقْرَارًا مِنْهُ بِالدَّيْنِ عَلَيْهِ لِأَنَّهَا قَدْ تَكُونُ بِدُونِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا طَالَبَ المُحِيلُ المُحْتَالَ بِمَا أَحَالَهُ بِهِ فَقَالَ إِنَّمَا أَحَلْتُكَ لِتَقْبِضَهُ لِي وَقَالَ المُحْتَالُ لَا بَلْ أَحَلْتَنِي بِدَيْنٍ كَانَ لِي عَلَيْك فَالقَوْلُ قَوْلُ المُحِيلِ) لِأَنَّ المُحْتَالَ يَدَّعِي عَلَيْهِ الدَّيْنَ وَهُوَ يُنْكِرُ وَلَفْظَةُ الحَوَالَةِ مُسْتَعْمَلَةٌ فِي الوَكَالَةِ فَيَكُونُ القَوْلُ

يكون ذلك حكمـًا لخروج محله من أن يكون محلًّا صالحـًا للالتزام، وبعد الإفلاس الذمةُ في صلاحيتها للالتزام كما كانت من قبل فلا يتحقق التَّوى، بخلاف ما بعد الموت مفلسـًا؛ لأنَّ الذمة خرجت من أن تكون محلًّا صالحـًا للالتزام فيثبت التَّوى بهذا الطريق حكمـًا.

قوله: لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ - أي: قول المحيل - وَكَانَ عَلَيْهِ - أي: على المحيل - مِثْلُ الدَّيْنِ، الذي أداه المحتال عليه إلى المحتال له، أي: إنه كان للمحتال عليه أن يأخذ من المحيل مثل الدين الذي أدّاه.

فإن قلتَ: الحوالة لا تصح بدون رضا المحتال عليه وقبوله الحوالة من المحيل في أداء الدين، فلِمَ لا يجعل قبوله الحوالة منه إقرارًا بالدين؟

قلتُ: قد ذكر في «المبسوط»: وليس في قبوله الحوالة عنه إقرار بوجوب المال للمحيل عليه، فإن الحوالة قد تكون مقيّدة بما للمحيل على المحتال عليه، وقد تكون مطلقة بل حقيقة الحوالة هي المطلقة، فأمّا المقيدة من وجه فتوكيل بالأداء والقبض، فلمّا لم يوجد دلالة الإقرار بوجوب المال للمحيل عليه كان القول قوله في الإنكار.

قوله: وَإِذَا طَالَبَ المُحِيلُ المُحْتَالَ، أي: المحتال له.

قوله: وَلَفْظَةُ الحَوَالَةِ مُسْتَعْمَلَةٌ فِي الوَكَالَةِ، هذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال: ينبغي

قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا أَلْفَ دِرْهَمٍ وَأَحَالَ بِهَا عَلَيْهِ آخَرَ فَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّهُ أَقْدَرُ عَلَى القَضَاءِ،

أن يكون القول قول المحتال له؛ لأنَّ المحيل لمَّا قال له: أحلتك على فلان بدين لي عليه، ولم يقل: وكلتك كان ذلك إقرارًا منه بالدين له؛ لما أن الحوالة حقيقتها النقل والتحويل، فلو لم يكن عليه دين كيف يصح استعمال اللفظ الذي ينبئ عن نقل الدين، وقال في جوابه: نعم كذلك إن لو كانت لفظة الحوالة مستعملة في حقيقتها، وقد تستعمل لفظة الحوالة بمعنى الوكالة مجازًا؛ لما في التوكيل من نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة» بعدما ذكر هذا المعنى فقال: يعضُد ما قلنا ما قاله محمد رحمه الله في كتاب المضاربة: إذا صار مال المضاربة ديونًا على الناس وامتنع المضارب عن التقاضي ولا ربح في مال المضاربة لا يجبر المضارب على التقاضي، ولكن يقال للمضارب: أَحِّل ربَّ المال على الغرماء، يعنِي: وكِّله، فلا تصير الإحالة اعترافًا بالدين هناك، فكذا هنا.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وتحتمل المسألة معنًى آخر وهو أن المحتال له إذا استوفى الألف وقد كان المحيل باع متاعًا من المحتال عليه بهذاه الألف فيقول المحتال له: كان ذلك المتاع ملكي وكنتُ وكيلًا ببيعه من جهتين والمقبوض مالي ويقول المحيل: كان المتاع ملكي وإنما بعتُه لنفسي فالقول قول المحيل حينئذٍ؛ لأنَّ أصل المنازعة بينهما وقع في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل، ثم كل متصرف عامل لنفسه حتى يقوم الدليل على كونه عاملًا لغيره والثمن إنما وجب بالبيع، والمحلّ هو الذي باشره فيكون الثمن واجبًا له في الظاهر فلذلك كان القول قوله.

قوله: لِأَنَّهُ أَقْدَرُ عَلَى القَضَاءِ، أي: لأنَّ المودَع وهو المحتال عليه أيضًا أقدر على قضاء مال الحوالة من الوديعة؛ وذلك لأنَّ الأداء هاهنا يتحقق من غير حق المحيل، وأمَّا إذا كان المحتال به دينًا فلا يمكن الأداء من حق المحيل، فلمَّا جازت الحوالة في الدين ففي العين أجوز؛ لأن القضاء منه أيسرُ لهذا؛ ولأنَّ الوديعة حاصلة معينة لا تحتاج إلى الكسب، وأمَّا الدين فيحتاج فيه إلى الكسب، فلمَّا جاز في الدين مع تعسّره في الأداء فأَوْلَى أن يجوز

فَإِنْ هَلَكَتْ بَرِئَ) لِتَقَيُّدِهَا بِهَا، فَإِنَّهُ مَا الْتَزَمَ الأَدَاءَ إِلَّا مِنْهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مُقَيَّدَةً بِالمَغْصُوبِ لِأَنَّ الفَوَاتَ إِلَى خُلْفٍ كَلَا فَوَاتَ، وَقَدْ تَكُونُ الحَوَالَةُ مُقَيَّدَةً بِالدَّيْنِ أَيْضًا،

في الوديعة لتيسر الأداء منها.

قوله: فَإِنْ هَلَكَتْ - أي: ألف درهم وهي الوديعة - بَرِئَ، أي: المودع وهو المحتالُ عليه أيضًا.

قوله: فَإِنَّهُ مَا الْتَزَمَ الأَدَاءَ، أي: فإن المودَع وهو المحتال عليه ما التزم الأداء إلا من الوديعة لا من غيرها فيتعلق الحوالة بها فتبطل بهلاكها، كالزكاة المتعلقة بنصاب معيّن يسقط بهلاك ذلك النصاب المعين، فكذلك هاهنا.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مُقَيَّدَةً بِالمَغْصُوبِ، أي: بخلاف ما إذا كانت الحوالة مقيّدة بالمال المغصوب المعين حيث لا تبطل الحوالة بهلاك ذلك المغصوب المعيّن، بل تبقى الحوالة متعلقة بمثله أو بقيمته.

وذكر الإمام قاضي خان، والإمام المرغيناني رحمهما الله وقال: بخلاف ما إذا كان الألف غصبًا عند المحتال عليه وقيد الحوالة بها فهلكت الألف المغصوبة لا تبطل الحوالة؛ لأنَّها هلكت إلى خلف وهو المثل في ذمة الغاصب فكانت باقية حكمًا؛ ولأن المحتال له قام مقام المُحيل، وهلاك الوديعة مُبطل حق المحيل فيبطل حق المحتال له، بخلاف الغصب، وبه فارق ما إذا باع شيئًا من إنسان وأحال غريمًا له على المشتري بالثمن ثم هلك المبيع قبل التسليم، أو طعن المشتري فيه بعيب، فردَّه بقضاء لا تبطل الحوالة؛ لأنَّه ما التزم الأداء من محل بعينه، وإنما التزم الأداء من مال نفسه، وعلى اعتبار بقاء الحوالة يلزمه ما التزم لا ما لم يلتزم.

قوله: وَقَدْ تَكُونُ الحَوَالَةُ مُقَيَّدَةً بِالدَّيْنِ أَيْضًا، يعني: كما تكون مقيدة بالعين كما في الوديعة والغصب كذلك يكون مقيدة بالدين أيضًا.

....

اعلم أن الحوالة على نوعين: مطلقة ومقيدة، فالمقيدة على نوعين:

أحدهما: أن يقيد المحيل الحوالة بالدين الذي على المحتال عليه.

والثانِي: أن يقيد الحوالة بالعين الذي له في يد المحتال عليه بالوديعة أو بالغصب، والمطلقة أن تطلق الحوالةَ إطلاقًا وترسلها إرسالًا، ولا يقيدها بالدين الذي له على المحتال عليه، ولا بالعين الذي له في يد المحتال عليه، أو يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يديه عين.

ثم المطلقة على نوعين أيضًا: حالة ومؤجلة.

فأمَّا المطلقة فالحالة منها أن يحيل المديون الطالبَ على رجل بألف درهم فيجوز، ويكون الألف على المحتال عليه حالة؛ لأنَّ الحوالة لتحويل الدين من الأصيل، فإنما يتحول على الصفة التي كانت على الأصيل، وكانت على الأصيل حالة فتتحول إلى المحتال إليه حالة أيضًا، وليس للمحتال عليه أن يرجع على الأصيل قبل أن يؤدي، ولكن إذا لوزم الأصيل فله أن يلازم الأصيل، وإذا حبس كان له أن يحبس الأصيلَ حتى يخلصه عن ذلك كما في الكفيل، فإذا أدَّى رجع على الأصيل بما أدى.

وأمَّا المطلقة المؤجّلة: رجل له على رجل ألف درهم من ثمن مبيع إلى سنة فأحاله بها على رجل إلى سنة فالحوالة جائزةٌ والمال على المحتال عليه إلى سنة؛ لأنَّه قبل ذلك، ولم يذكر محمد رحمه الله في الأصل ما إذا حصلت الحوالة مبهمة هل يثبت الأجل في حق المحتال عليه؟ وقالوا: وينبغي أن يثبت كما في الكفالة؛ وهذا لأنَّ المحتال عليه متحمّل عن الأصيل، فإنَّما يتحمل ما على الأصيل وعلى الأصيل دين مؤجل فيجب على المحتال عليه كذلك، فإن ماتَ الذي عليه الأصل لم يحل المال عليه؛ لأنَّ حلول الأجل في حق الأصيل لاستغنائه عن الأجل بموته، وهذا المعنى لا يتأتى في حق المحتال عليه؛ لأنَّه حيٌّ محتاج إلى الأجل لو حلّ الأجل في حقه إنما يحل تبعًا لحلوله على الأصيل ولا وجه إليه؛ لأنَّ الأصيل برئ عن الدين بالحوالة فالتحق بسائر الأجانب.

وَحُكْمُ الْمُقَيَّدَةِ فِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ أَنْ لا يَمْلِكَ الْمُحِيلُ مُطَالَبَةَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ؛

وإن مات المحتال عليه قبل حلول الأجل والذي عليه الأصل حيّ حل المال على المحتال عليه؛ لأنَّه بالموت استغنى عن الأجل، وإن لم يكن به وفاء رجع المحتال له بالمال على المحتال عليه الأصل إلى أجله؛ لأنَّ الأجل إنما سقط حكمًا للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الأجل، فكان بمنزلة ما لو باع المديونُ بدين مؤجل عبدًا من الطالب ثم استحق العبد عاد الأجل؛ لأنَّ سقوط الأجل كان بحكم البيع وقد انتقض البيع، كذا هاهنا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَحُكْمُ الْمُقَيَّدَةِ فِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ، أي: حكم الحوالة المقيدة في جملة ما ذكرناها وهي: ما إذا كانت مقيّدة بالعين أو بالدين، والعينُ إمَّا إن كانت وديعة أو غصبًا هو: أَنْ لا يَمْلِكَ الْمُحِيلُ مُطَالَبَةَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ بذلك العين أو الدين الذي قيّدت به الحوالة.

صورتها رجل له عند رجل ألف درهم وديعة أو غصبٌ، وعلى صاحب الوديعة لرجل ألف درهم دين، فأحال صاحب الوديعة الطالب على المودَع، أو على الغاصب على أن يعطيه الألفَ التي عندة وديعةٌ أو غصبٌ، فليس للمحيل أن يأخذ ذلك من المحتال عليه بعد الحوالة؛ لأنَّ المحتال له إنما رضي بنقل حقه إلى المحتال عليه بشرط أن يوفي حقه مما للمحيل في يديه؛ ولأن الحوالة إذا قُيدت بها تعلق بها حق المحتال له وهو حق استيفاء الدين منها، وأخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن من أخذها، ثم لو دفعها المودع إلى المحيل صار ضامنًا له؛ لأنَّه استهلك محلًا تعلق به حق المحتال له.

وأمَّا لو كانت مطلقة غير مقيّدة بالوديعة والغصب فليس للمودع والغاصب أن يؤدي دين المحتال له من الوديعة والغصب، وللمحيل أن يأخذ الوديعةَ والغصبَ من يد المحتال عليه.

وأمَّا الحوالة المقيدة بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه صورتها: رجل له على رجل ألف درهم أحال المطلوب الطالبَ بالألف على رجل للمطلوب عليه ألف درهم دين على أن يؤديها من الألف التي للمطلوب عليه فإنَّها جائزة، فإن ماتَ المحيل في هاتين الصورتين وهي: ما إذا كانت الحوالة مقيّدة بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه، أو بالعين

....

الذي له في يد المحتال عليه وعليه ديون كثيرة ولم يدَع شيئاً سوى الدين الذي له على المحتال عليه، أو العين الذي له في يد المحتال عليه، فالمحتال له لا يكون أخصّ بذلك المال استحسانًا، بخلاف المرتهن، وهذا معنى ما قال في الكتاب **بقوله: لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ المُحْتَالِ عَلَى مِثَالِ الرَّهْنِ وَإِنْ كَانَ أُسْوَةً لِلْغُرَمَاءِ بَعْدَ مَوْتِ المُحِيلِ**، كذا في «الذخيرة».

وحاصل ذلك أن لذلك العين أو الدين الذي قيّدت به الحوالة مشابهة للرهن من وجه ومخالفة له من وجه، فمن حيث أنه لا يبقى فيه حق المحيل بالأخذ بعدما أحال الطالب على المحتال عليه مقيدًا بذلك العين الذي في يده، أو الدين الذي في ذمته كان شبيهًا بالرهن، فإن الراهن بعدما رهن العين لا يبقى فيه حق الأخذ من يد المرتهن، ومن حيث أن المحتال له لا يكون أخص بذلك العين أو الدين الذي قيّدت الحوالة به عند موت المحيل من سائر الغرماء، بل هو أسوة لهم فيه كان مخالفاً للرهن، فإن المرتهن يكون أخص بالرهن من سائر الغرماء عند موت الراهن.

ثم من أحكام الحوالة المقيدة بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه، أو بالعين الذي في يده من غصب أو وديعة، لو أبرأ المحتال له المحتالَ عليه صحَّ الإبراء، وكان للمحيل أن يرجع على المحتال عليه بدينه، ولو وهب المحتال له دينه من المحتال عليه، أو مات المحتال له ووَرِثه المحتال عليه لا يكون للمحيل أن يرجع على المحتال عليه بدينه.

فإن قلتَ: احتجنا إلى الفرق في موضعين:

أحدهما: في مسألة الكتاب وهي أن العين أو الدين الذي قيدت الحوالة به لا يكون المحتال له أخصّ به من سائر الغرماء، بخلاف المرتهن فإنه يكون أخص بالرهن من سائر الغرماء مع أن المحتال لهُ أخص به من المحيل فما وجه الفرق بينهما؟

والثاني: في حكم الإبراء والهبة حيث يرجع المحيل على المحتال عليه بدينه في صورة إبراء المحتال له المحتال عليه، وفي صورة الهبة لا يرجع على ما ذكرنا، فتفضل بالبيان مستعيناً من الله الديَّان.

لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُحْتَالِ عَلَى مِثَالِ الرَّهْنِ وَإِنْ كَانَ أُسْوَةً لِلْغُرَمَاءِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُحِيلِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ لَهُ مُطَالَبَتُهُ فَيَأْخُذُهُ مِنْهُ لَبَطَلَتِ الحَوَالَةُ وَهِيَ حَقُّ الْمُحْتَالِ.

قلتُ: أمَّا الفرق بين المحتال له والمرتهن في حق ذلك العين فهو أن العين الذي في يد المحتال عليه للمحيل، والدين الذي له على المحتال عليه لم يصر مملوكـًا للمحتال له بعقد الحوالة لا يدًا وإنه ظاهر، ولا رقبةً؛ لأنَّ الحوالة ما وُضعت للتمليك إنما وضعت للنقل، وأمَّا المرتهن فإنه ملك المرهون يدًا وحبسًا فيثبت له نوع اختصاص شرعًا بالمرهون لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه.

وأمَّا وجه الفرق بين الإبراء والهبة هو أن الهبة من أسباب الملك والإرث كذلك، فملك المحتال عليه ما في ذمته بالهبة، فيعتبر بما لو ملكه بالأداء، ولو ملكه بالأداء لا يرجع المحيل على المحتال عليه بدينه؛ لأنَّه لو رجع عليه بدينه كان للمحتال عليه أن يرجع عليه بمثل ذلك؛ لأنَّه قبل الحوالة بأمره وأدَّى فلا يفيد الرجوع، وأمَّا الإبراء فليس من أسباب الملك بل هو موضوع للإسقاط فلم يملك المحتال عليه ما في ذمته بالإبراء، ولكن بالإبراء خرج المحتال عليه عن ضمان المحتال له وهو الشاغل لدين المحيل، فبقي دين المحيل على المحتال عليه بلا شاغل فكان له أن يرجع بذلك عليه، ثم المحتال له لمَّا كان أسوة للغرماء في الحوالة المقيّدة في حق ذلك العين الذي تقيدت الحوالة به، أو في حق الدين الذي تقيدت الحوالة به لو قسم ذلك الدين أو ذلك العين بين غرماء المحيل، وأخذ المحتالُ له حصته لا يكون للمحتال له أن يرجع على المحتال عليه ببقية دينه؛ لأنَّ الحوالة كانت مقيدة بذلك الدين ولم يبق شيء من ذلك الدين، كذا في «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُحْتَالِ، أي: المحتال له.

وقوله: وَهَذَا، إشارة إلى قوله: أَنْ لا يَمْلِكَ الْمُحِيلُ مُطَالَبَةَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ.

قوله: لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ لَهُ مُطَالَبَتُهُ فَيَأْخُذُهُ مِنْهُ - أي: لو بقي للمحيل مطالبة المحتال عليه وأخذ ذلك العينَ أو الدينَ الذي قيدت الحوالة به - لَبَطَلَتِ الحَوَالَةُ وَهِيَ - أي: الحوالة المتعلقة - حَقُّ الْمُحْتَالِ، بِخِلَافِ الْمُطْلَقَةِ، وقد ذكرنا صورة الحوالة المطلقة وهي: أن يُحيل

بِخِلَافِ الْمُطْلَقَةِ لِأَنَّهُ لا تَعَلُّقَ لِحَقِّهِ بِهِ بَلْ بِذِمَّتِهِ فَلا تَبْطُلُ الحَوَالَةُ بِأَخْذِ مَا عَلَيْهِ أَوْ عِنْدَهُ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ السَّفَاتِجُ وَهِيَ قَرْضٌ اسْتَفَادَ بِهِ المُقْرِضُ سُقُوطَ خَطَرِ الطَّرِيقِ)،

المحيل الطالب على رجل عليه دين أو لم يكن فيقول للطالب: أحلتُك بالألف التي لك عليَّ على هذا الرجل ولم يقل: ليؤديها من المال الذي لي عليه، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله، أي: في الحوالة المطلقة كان للمحيل أن يأخذ دينه وعينه الوديعةَ أو الغصبَ من المحتال عليه بعدما أحال المحتال له على المحتال عليه.

قوله: لِأَنَّهُ - أي: لأنَّ الأمر والشأن - **لا تَعَلُّقَ لِحَقِّهِ** - أي: لحق المحتال له - **بِهِ** - أي: بذلك الدين الذي للمحيل على المحتال عليه، أو بذلك العين الذي عنده - **بَلْ بِذِمَّتِهِ**، أي: بذمة المحتال عليه وفي الذمة سعة، وأخذ دينه الذي عليه، أو أخذ عينه الذي عنده لا يبطل الحوالة المطلقة.

وقوله: فَلَا تَبْطُلُ الحَوَالَةُ بِأَخْذِ مَا عَلَيْهِ - أي: من الدين والغصب - **أَوْ عِنْدَهُ**، أي: بأخذ عينه الذي عنده من الوديعة، ويحتمل أن يكون **قوله: بِأَخْذِ مَا عَلَيْهِ**، راجعًا إلى الدين خاصة، **وقوله: أَوْ عِنْدَهُ**، راجع إلى عين الوديعة والغصب؛ لما ذكرنا من لفظ رواية «الذخيرة» بقوله: عنده في حق الغصب؛ لما أن المغصوب عينٌ كالوديعة، وليست عينه في ذمة المحتال عليه إنما تسليمُه واجب عليه.

قيل: السُّفتَجة: تعريب سُفته، وسُفته شيء محكم، وسمّي هذا القرض به لإحكام أمره.

وذكر في «المغرب»: السُّفتَجة: بضم السين وفتح التاء واحدة السُّفاتج، وصورتها أن يدفع إلى تاجر مالًا قرضًا ليدفعه إلى صديقه، وإنما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق، هكذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

وقيل: هيَ أن يُقرض إنسانًا ليقضيه المستقرضُ في بلد يريده المقرض ليستفيد به

وَهَذَا نَوْعُ نَفْعٍ أُسْتُفِيدَ بِهِ وَقَدْ «نَهَى رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعًا».

سقوط خطر الطريق، قيل: إذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به، وإنما ورد هذه المسألة في هذا الموضع؛ لأنَّها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فإنَّهما معاملة أيضًا في الديون، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

* * *

(كِتَابُ أَدَبِ القَاضِي)

كتاب أدب القاضي

لمَّا كان أكثر المنازعات إنما تقع في البيايعات والديون، ذكر ما هو القاطع للمنازعات بعد ذكرها وهو قضآء القاضي، فالقاضي يحتاج إلى خصال حميدة حتى يصلح بها القضاء فهذا الكتاب لبيان ذكرها.

ثم اعلم أن القضآء الشرعي أصل المحاسن ومجمعها، ومتشعّب المكارم ومنشأها؛ لما أنَّ المراد منه نيابة الله تعالى ورسول الله صلَّى الله عليه وسلم، فإن القضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد الإيمان بالله تعالى، وهو من أشرف العبادات لأجله أثبت الله تعالى لآدم عليه السلام اسم الخلافة فقال: ﴿إِنِّي جَاعِلٌ فِي ٱلْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾ [البقرة: ٣٠]، وأثبت ذلك لداود عليه السلام فقال: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِي ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾ [ص: ٢٦]، وبه أمر كل نبي مرسل حتى خاتم الأنبياء صلوات الله عليه وعليهم أجمعين، قال الله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَا ٱلتَّوْرَىٰةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا ٱلنَّبِيُّونَ﴾ [المائدة: ٤٤]، وقال: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٩]؛ لما أن المقصود منه إظهار العدل، ودفع الظلم، وإنصاف المظلوم من الظالم، وإيصال الحق إلى المستحق، والأمرُ بالمعروف، والنهيُ عن المنكر، وكل واحد منها مما يدعو إليه عقل كل عاقل، ويميل إليه لبّ كل لبيب وفاضل، فكيف عند الاجتماع فإنه مجمع الفضائل والاصطناع، ومدفع الرذائل والأقلاع.

ثم نحتاج هاهنا إلى معرفة معنى الأدب، ومعرفة معنى القضاء لغةً وشرعًا، وإلى بيان

....

واجبات القضاء، وشرائطه، وأدائه، وإلى معرفة من هو أهل للقضاء، ومعرفة من يجوز تقلد القضاء منه، ومعرفة جواز الدخول في القضاء، ومعرفة فضائل القضاء.

أمّا الأدب: فتركيبه يدل على الجمع والدعاء، ومنه الأَدْبُ بسكون الدال، وهو أن يجتمع الناس إلى طعامك وتدعوهم، وصرفه من حدِّ ضرب، والمأدبة اسمٌ للطعام، والآدِب هو الداعي إلى الطعام، قال طرفة:

نَحْنُ فِي الْمَشْتَاةِ نَدْعُو الْجَفَلَى * لَا تَرَى الْآدِبَ فِينَا يَنْتَقِرْ

المشتاةُ: موضع الإقامة في الشتاء، من شتوتُ بموضع كذا وتشتيتُ، أي: أقمتُ بها الشتاء.

الجَفَلَى: هي الدعوة العامة وهي ضد النقرى وهي الدعوى الخاصة، يقال: دُعي فلان في النقرى لا في الجفلى، وهي أن تدعوا بعضًا دون بعضٍ، بخلاف الجفلى فإنّها أن تدعو الناس إلى طعامك عامة.

والانتقار: هو الدعاء إلى النقرَى، يمدحُ به نفسه وقومه بالجود والكرم ويقول: نحن قومٌ نضيف الناس وندعوهم جميعًا إلى الدعوة العامة في وقت عزّة الطعام الذي هو وقت الشتاء، وكنتَ لا ترى أحدًا تدعو واحدًا إلى طعامه.

وسُمّي الآدِبُ آدبًا؛ لأنّه يأدب الناسَ إلى المحامد، أي: يدعوهم إليها، وعن أبي زيد: الأدبُ اسم يقع على كل رياضةٍ محمودةٍ يتخرجُ بها الإنسان في فضيلة من الفضائل.

والمراد من أدب القاضي هنا هو الخصال المندوب والمدعوّ إليها على ما يجيء.

والقضاء: الحكم، وأصله قضايٌ؛ لأنّه من قضيتُ إلا أن الياء لمّا جاءت بعد الألف همزت كرداء أصله رِدَايٌ، والجمع أقضية كأردية، والقضاء أيضًا يذكر لمعانٍ:

منها: الإلزام ولهذا سمّي الحاكم قاضيًا؛ لأنّه يلزم الناس الأحكامَ.

ومنها: التقدير يقال: قضى القاضي على فلان بالنفقة، أي: قدّرها عليه.

ومنها: الأمر قال الله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ﴾ [الإسراء: ٢٣]، أي: أمر.

قَالَ: (وَلا تَصِحُّ وِلايَةُ القَاضِي حَتَّى يَجْتَمِعَ فِي المُوَلَّى شَرَائِطُ الشَّهَادَةِ وَيَكُونَ مِنْ أَهْلِ الاجْتِهَادِ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّ حُكْمَ القَضَاءِ يُسْتَقَى مِنْ حُكْمِ الشَّهَادَةِ؛

ومنها: الأحكام قال القائل، شعر:

وَعَلَيْهِمَا مَسْرُودَتَانِ قَضَاهُمَا ❊ دَاوُدُ أَوْ صَنَعُ السَّوَابِغِ تُبَّعُ

أي: درعان مسرودتان، فالسردُ نسجُ الدّرع، قضاهما أي: أحكمهما، وأراد بداود داودَ النبي عليه السلام، والدروع المحكمة الصنعة تنسب إليه؛ لأنَّ سرد الدروع على الوجه الذي كان يفعله من معجزاته، قال الله تعالى: ﴿وَأَلَنَّا لَهُ ٱلْحَدِيدَ ۝﴾ [سبأ: ١٠].

يقال: رجل صنَعٌ، أي: صنيع اليدين لمن كان يده يحسن كل عملٍ.

السَّوابغ: جمع السَّابغة، وهي الدرع التامة، وتُبَّع: عطف بيان لصَنَع السوابغ اسمُ رجل، هذا معناه لغةً.

وأمَّا معناه شرعًا: فإنه في متعارف الشرع يُراد بالقضاء فصل الخصومات وقطع المنازعات.

وأمَّا واجبات القضاء: فيجب على القاضي أن يقضي في كل حادثة بما ثبتَ عنده أنه حكم الله تعالى إمَّا بدليل قطعي نحو نصِّ الكتاب مفسّرًا لا شبهة في معناه، أو السنة المتواترة، أو المشهورة، أو الإجماع، وإمَّا بدليل ظاهر موجب للعمل كظاهر النصوص من الكتاب والسنة والقياس على ما يجيء هذا وغيره مشروحًا فيما يناسبه من مسائل الكتاب، كذا في «المبسوط»، و«أدب القاضي» للصَّدر الشهيد، و«التحفة»، و«الصحاح»، و«المغرب».

قوله: حَتَّى يَجْتَمِعَ فِي المُوَلَّى، على لفظ اسم المفعول من التولية، ولم يقل: المتولِّي ليكون فيه دلالة على تولية غيره إيَّاه بدون طلبه، وهو الأولى للقاضي على ما يجيء.

قوله: أَمَّا الأَوَّلُ - أي: اشتراط شرائط الشهادة - فَلِأَنَّ حُكْمَ القَضَاءِ يُسْتَقَى مِنْ حُكْمِ الشَّهَادَةِ، أي: يستفاد ويُؤخذ، استعارَ الاستقاءَ للاستفادَةِ؛ لأنَّ في الاستقاء فائدة للمستقي.

فإن قلتَ: يلزم في هذا بناء القوي على الضعيف؛ لما أن القضاء أعلى حالًا وأقوى مرتبةً من مرتبة الشهادة، وهذا التعليل يوهم أن القضا متفرّع عن الشهادة ومبنى عليها فكيف

لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ، فَكُلُّ مَنْ كَانَ أَهْلًا لِلشَّهَادَةِ يَكُونُ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ وَمَا يُشْتَرَطُ لِأَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ يُشْتَرَطُ لِأَهْلِيَّةِ القَضَاءِ. وَالفَاسِقُ أَهْلٌ لِلْقَضَاءِ حَتَّى لَوْ قُلِّدَ يَصِحُّ، إِلَّا أَنَّهُ لا يَنْبَغِي أَنْ يُقَلَّدَ كَمَا فِي حُكْمِ الشَّهَادَةِ فَإِنَّهُ لا يَنْبَغِي أَنْ يَقْبَلَ القَاضِي شَهَادَتَهُ، وَلَوْ قَبِلَ جَازَ عِنْدَنَا. وَلَوْ كَانَ القَاضِي عَدْلًا فَفَسَقَ بِأَخْذِ الرِّشْوَةِ أَوْ غَيْرِهِ لا يَنْعَزِلُ،

يصح هذا التعليل؟

قلتُ: هذا من قبيل بيان حكم المرجع، أي: مرجعهما إلى أصل واحد، وهو أن يكون القاضي حرًّا مسلمـًا بالغًا عاقلًا عدلًا كما في الشهادة، لا أن يكون حكم القضاء مبنيًّا على حكم الشهادة، لكن أوصاف الشهادة أشهرُ عند الناس فعرَّف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة بهذا الطريق لذلك.

ولأن أصل الولاية يثبت بأهلية الشهادة وكمال الولاية بالقضاء، وكمال الشيء لا يكون بدون أصله فيصلح أن يكون أهلية الشهادة أصلًا لأهلية القضاء بهذا الطريق.

ولأن الشهادة توجد بدون وصف القضاء، ولا يوجد وصف القضاء بدون وصف الشهادة، فكانت ولاية القضاء فرعًا للشهادة من هذا الوجه فيصح هذا الكلام.

قوله: لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ؛ لأنَّ تفسير الولاية هو تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو أبى، والشهادة والقضاء كذلك فكانا من باب الولاية.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لا يَنْبَغِي أَنْ يُقَلَّدَ؛ لأنَّ القضاء من باب الأمانة والفاسق لا يؤتمن في أمر الدين لقلة مبالاته فيه.

قوله: فَفَسَقَ بِأَخْذِ الرِّشْوَةِ أَوْ غَيْرِهِ، مثل الزنا وشرب الخمر.

اعلم أن الرِّشوة بكسر الراء وضمها لغتان، وهي مأخوذة من الرشاء بالمد، فإن نازع الماء من البئر لا يتوصل إلى استقاء الماء من البئر إلا به، فكذا الإنسان لا يتوصل إلى مقصوده

وَيَسْتَحِقُّ العَزْلَ، وَهَذَا هُوَ ظَاهِرُ المَذْهَبِ وَعَلَيْهِ مَشَايِخُنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ -. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: الفَاسِقُ لا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ كَمَا لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عِنْدَهُ، وَعَنْ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ - رَحِمَهُمُ اللهُ - فِي النَّوَادِرِ أَنَّهُ لا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ. وَقَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ - رَحِمَهُمُ اللهُ -: إِذَا قُلِّدَ الفَاسِقُ ابْتِدَاءً يَصِحُّ، وَلَوْ قُلِّدَ وَهُوَ عَدْلٌ يَنْعَزِلُ بِالفِسْقِ؛

الحرام إلا بها.

ثم الرشوة على وجوه أربعة:

منها: ما هو حرام من الجانبين، وهو ما إذا تقلد القضاء بالرشوة لا يصير قاضيًا، وتكون الرشوة حرامًا على القاضي وعلى الآخذ.

ومنها: أنه إذا دفع الرشوةَ إلى القاضي ليقضي له فهذه الرشوة حرام من الجانبين أيضًا سواء كان القضاء بحقٍّ أو بغير حقٍّ.

ومنها: أنه إذا دفع رشوةً لخوف على نفسه أو ماله فهذه الرشوة حرام على الآخذ وليس بحرام على الدافع، وكذا إذا طمع في ماله فرشاه بعض المال.

ومنها: أنه إذا دفع الرشوة ليسوّي أمرَه عند السلطان حل له الدفع ولا يحل للآخذ أن يأخذه، فإن أراد أن يحل للآخذ يستأجر الأخذ يومًا إلى الليل بما يريد أن يدفع إليه فإنه تجوز هذه الإجارة، ثم المستأجر إن شاء استعمله في هذا العمل وإن شاء استعمله في غيره، كذا في «فتاوى قاضي خان»، و«أدب القاضي» للصدر الشهيد رحمهما الله تعالى.

قوله: وَيَسْتَحِقُّ العَزْلَ، يعنى نيكو بود عزل وى اگر فاسق بود، هكذا حُكي عن العلامة مولانا شمس الأئمة الكردري رحمه الله في تفسيره.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: ... لا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ، قيل: هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص، وأن الأعمال من الإيمان عنده، فإذا فسق انتقض إيمانُه، وكذلك قوله في حق قتل من ترك الصلاة متعمدًا عنده.

قوله: وَقَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللهُ: إِذَا قُلِّدَ الفَاسِقُ ابْتِدَاءً يَصِحُّ، وَلَوْ قُلِّدَ وَهُوَ

لِأَنَّ الْمُقَلِّدَ اعْتَمَدَ عَدَالَتَهُ فَلَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِتَقْلِيدِهِ دُونَهَا. وَهَلْ يَصْلُحُ الْفَاسِقُ مُفْتِيًا؟ قِيلَ لا لِأَنَّهُ مِنْ أُمُورِ الدِّينِ وَخَبَرُهُ غَيْرُ مَقْبُولٍ فِي الدِّيَانَاتِ، وَقِيلَ يَصْلُحُ

عَدْلٌ يَنْعَزِلُ بِالفِسْقِ، فإن قلتَ: فكيف انعكس حكم الأصل السائر في ألسنة الفقهاء هنا، وهو ما قالوا: البقاء أسهل من الابتداء وكم من أحكام تثبت بقاءً ولا تثبت ابتداءً، كبقاء نكاح المعتدة، وبقاء النكاح عند موت الشهود، وجواز بقاء الشيوع في الهبة من غير عكسٍ، وهاهنا يثبت القضاء بالفسق ابتداءً ولا يثبت بقاءً وليس له نظير في الشرع، فلِمَ كان هذا هكذا؟

قلتُ: لوجود دليل يقتضي عكسه وهو ما ذكر في الكتاب، وكشفُ ذلك هو أن تعليق القضاء والإمارة بالشرط جائز، بأن يقول السلطان لرجل: إذا قدمتَ بلدة كذا فأنت قاضيها، أو يقول لرجل: إذا أتيت مكة فأنت أميرُ الموسم، وكذلك إذا أضافهما إلى وقت في المستقبل يجوز بأن قال السلطان لرجل: جعلتُك قاضيًا رأس الشهر وجعلتك أميرًا رأس الشهر، والأصل في ذلك كله ما رُويَ أن رسول الله صلَّى الله عليه وسلم بعث جيشًا وأمَّر عليه زيدَ بن حارثة ثم قال: إن قتل زيد فجعفر أميركم، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة أميركم، وكذلك يصح أيضًا تعليق عزل القاضي بالشرط، ذكره في باب موت الخليفة من «شرح أدب القاضي».

وإذا ثبتَ هذا لما كان المولّى عدلًا يوم التقليد، فالمقلّد إنما قلّده اعتمادًا منه على عدالته فيتقيد التقليد بحال عدالته، فصار كأنه علق بقاء قضاء المولّى بحال عدالته، فلمّا فسق لم يبق التقليدُ لارتفاع العدالة، وأمّا إذا لم يكن عدلًا وقت التقليد فالمقلد لم يعتمد على عدالته فيثبت التقليد مطلقًا.

ثم نحتاج إلى الفرق بين مسألة القضاء على قول هؤلاء المشايخ، وبين الإمامة والإمارة؛ لما أن الإمام أو الأمير إذا كان عدلًا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الإمامة والإمارة، والفرق أن مبنى الإمارة على السلطنة والقهر والغلبة، ألا ترى أن من الأمراء من قد غلب وجار فأجازوا أحكامه، والصحابة رضي الله عنهم يقلدوا الأعمال منه وصلُّوا خلفه، وأمّا مبنى القضاء على العدالة والأمانة، فإذا بطلت العدالة تبطل القضاء ضرورة، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

لِأَنَّهُ يَجْتَهِدُ كُلَّ الجَهْدِ فِي إِصَابَةِ الحَقِّ حَذَارِ النِّسْبَةِ إِلَى الخَطَإِ، وَأَمَّا الثَّانِي فَالصَّحِيحُ أَنَّ أَهْلِيَّةَ الِاجْتِهَادِ شَرْطُ الأَوْلَوِيَّةِ. فَأَمَّا تَقْلِيدُ الجَاهِلِ فَصَحِيحٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَهُوَ يَقُولُ: إِنَّ الأَمْرَ بِالقَضَاءِ يَسْتَدْعِي القُدْرَةَ عَلَيْهِ وَلَا قُدْرَةَ دُونَ العِلْمِ. وَلَنَا أَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْضِيَ بِفَتْوَى غَيْرِهِ، وَمَقْصُودُ القَضَاءِ يَحْصُلُ بِهِ وَهُوَ إِيصَالُ الحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ. وَيَنْبَغِي لِلْمُقَلِّدِ أَنْ يَخْتَارَ مَنْ هُوَ الأَقْدَرُ وَالأَوْلَى لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ قَلَّدَ إِنْسَانًا عَمَلًا وَفِي رَعِيَّتِهِ مَنْ هُوَ أَوْلَى مِنْهُ فَقَدْ خَانَ اللهَ وَرَسُولَهُ وَجَمَاعَةَ المُسْلِمِينَ». وَفِي حَدِّ الِاجْتِهَادِ كَلَامٌ عُرِفَ فِي أُصُولِ الفِقْهِ. وَحَاصِلُهُ أَنْ يَكُونَ صَاحِبَ حَدِيثٍ لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالفِقْهِ لِيَعْرِفَ مَعَانِيَ الآثَارِ، أَوْ صَاحِبَ فِقْهٍ لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالحَدِيثِ لِئَلَّا يَشْتَغِلَ بِالقِيَاسِ فِي المَنْصُوصِ

وأمّا قوله: وليس له نظير في الشرع، فقلنا: لا نسلّم، فإن العبد المأذون له إذا أبق صار محجورًا فلا يبقى الإذن مع الإباق، ولو أذن الآبق حالة إباقه يصحّ على رواية هذا الكتاب على ما يجيء إن شاء الله تعالى، وأمّا على رواية «فتاوى قاضي خان» رحمه الله إنما يصح إذن الآبق في التجارة إذا أذن له في التجارة مع ذلك الرجل الذي كان العبد في يده.

قوله: وَأَمَّا الثَّانِي، أي: اشتراط الاجتهاد **بقوله: وَيَكُونَ مِنْ أَهْلِ الِاجْتِهَادِ**، فالاجتهاد هو بذل المجهود لنيل المقصود.

قوله: وَحَاصِلُهُ أَنْ يَكُونَ صَاحِبَ حَدِيثٍ لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالفِقْهِ ... أَوْ صَاحِبَ فِقْهٍ لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالحَدِيثِ، والفرق بين القولين ظاهر؛ فإن في الأول هو منسوب إلى علم الحديث لزيادة علمه ودرسه فيه، ولكن له فقه أيضًا وليس هو بقدر علمه بالحديث، وفي الثاني على العكس فإنه منسوب إلى الفقه ولكن له علم بالحديث أيضًا.

وذكر فخر الإسلام رحمه الله في «أصول الفقه» شرط الاجتهاد وحكمه، أمّا شرطه فأن يحوى علم الكتاب بمعانيه ووجوهه الذي قلنا، أي: من أقسامه الخاص والعام، والظاهر

عَلَيْهِ، وَقِيلَ أَنْ يَكُونَ مَعَ ذَلِكَ صَاحِبَ قَرِيحَةٍ يَعْرِفُ بِهَا عَادَاتِ النَّاسِ لِأَنَّ مِنَ الأَحْكَامِ مَا يَبْتَنِي عَلَيْهَا. قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِالدُّخُولِ فِي القَضَاءِ لِمَنْ يَثِقُ بِنَفْسِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ فَرْضَهُ) لِأَنَّ الصَّحَابَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - تَقَلَّدُوهُ وَكَفَى بِهِمْ قُدْوَةً، وَلِأَنَّهُ فَرْضُ كِفَايَةٍ لِكَوْنِهِ أَمْرًا بِالمَعْرُوفِ.

والنص، والمفسر والمحكم وغيرها، وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها، وأن يعرف وجوه القياس.

وأمَّا حكمه فالإصابةُ بغالب الرأي حتى قلنا: إن المجتهد يخطئ ويصيبُ، وقالت المعتزلة: كل مجتهد مصيبٌ، وهذا القول منهم ينزع إلى القول بوجوب الأصلح، ثم في قوله: معرفة بالفقه، لم يدخل الواو، ولم يقل: وله معرفة بالفقه؛ لأنَّ ذلك خبر بعد خبر، ولو كان حالًا يجوز أيضًا بدون الواو في الظرف كما في قولك: جاءني زيد عليه ثوبٌ، وجاءني وعليه ثوبٌ، ذكره في «الكشاف» في قوله تعالى: ﴿وَمَآ أَهْلَكْنَا مِن قَرْيَةٍ إِلَّا وَلَهَا كِتَابٌ مَّعْلُومٌ ۝٤﴾ [الحجر: ٤].

وفي «الصحاح»: القريحةُ: أول ما يستنبط من البئر، ثم قال: ومنه قولهم: لفلان قريحة جيّدة، يراد استنباط العلم بجودة الطبع.

وذكر في الباب الرابع من «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد: وأن يكون صاحب قريحة يعرف أحوال الناس وعاداتهم وعرفهم؛ لأنَّ العرف قد يغلب على القياس، ألا ترى أن الاستصناع جُوّز عرفًا بخلاف القياس.

قوله: مَا يَبْتَنِي عَلَيْهَا، أي: على عادات الناس.

قوله: وَلَا بَأْسَ بِالدُّخُولِ فِي القَضَاءِ، إلى أن قال: وَلِأَنَّهُ فَرْضُ كِفَايَةٍ، فإن قلتَ: لو كان فرض كفاية لكان الدخول فيه مندوبًا؛ لما أن أدنى درجات فرض الكفاية الندب كما في صلاة الجنازة وغيرها.

قلنا: نعم كذلك إلا أن فيه خطرًا عظيمًا وأمرًا مخوفًا لا يسلم في بحره كل سابح، ولا ينجو

قَالَ: (وَيُكْرَهُ الدُّخُولُ فِيهِ لِمَنْ يَخَافُ العَجْزَ عَنْهُ وَلا بَأْسَ عَلَى نَفْسِهِ الحَيْفَ فِيهِ) كَيْ لا يَصِيرَ شَرْطًا لِمُبَاشَرَتِهِ القَبِيحَ، وَكَرِهَ بَعْضُهُمُ الدُّخُولَ فِيهِ مُخْتَارًا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «مَنْ جُعِلَ عَلَى القَضَاءِ فَكَأَنَّمَا ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ» وَالصَّحِيحُ أَنَّ

منه كل طامح، إلا من عصمه الله تعالى وهو عزيز وجوده، وعن هذا اختار كثير من السلف التعذيب البليغ ولم يختره.

وذكر في الباب الأول من «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد: ومنهم من قال: لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهًا، ألا ترى أن أبا حنيفة رضي الله عنه دُعي إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطًا، فلمَّا كان في المرة الثالثة قال: حتى أستشير أصحابي، فاستشار أبا يوسف رحمه الله فقال أبو يوسف: لو تقلدت لنفعتَ الناس، فنظر إليه أبو حنيفة رضي الله عنه نظر المغضب وقال: أرأيتَ لو أمرتُ أن أعبُر البحر سباحة أكنتُ أقدر عليها وكأنِّي بك قاضيًا؟ وكذا دُعي محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قُيِّد وحبس فاضطُرَّ وتقلّد، ثم قال: والصحيح أن الدخول في القضاء مختارًا رخصةٌ والامتناع عزيمةٌ، أمَّا الرخصة؛ فلأنَّ الأنبياء عليهم السلام اشتغلوا به، وأمَّا الامتناع عزيمة فلوجهين:

أحدهما: أن القاضي مأمور بالقضاء بالحق، وعسى يُظنّ في الابتداء أنه يقضي بحق ثم لا يقضي في الانتهاء.

والثانِي: أنه لا يمكنه القضاء إلا بمعونة غيره، وعسى يعينُه غيره وعسى لا يعينُه.

الحَيْف: الجور والظلم من حَاف عليه يحيفُ إذا جارَ.

قوله: كَيْ لا يَصِيرَ، أي: كيلا يصير الدخول في القضاء.

قوله: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «مَنْ جُعِلَ عَلَى القَضَاءِ فَكَأَنَّمَا ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ»، رواه أبو هريرة رضي الله عنه، وذكره الصدر الشهيد في الباب الأول من «أدب القاضي»، ثم ذكر وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين فقال: لأنَّ السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعًا، والذبح بغير السكين ذبح بطريق الخنق والغمّ ونحو ذلك، فإنه يؤثر في الباطن دون الظاهر

الدُّخُولَ فِيهِ رُخْصَةٌ طَمَعًا فِي إِقَامَةِ العَدْلِ وَالتَّرْكُ عَزِيمَةٌ فَلَعَلَّهُ يُخْطِئُ ظَنُّهُ وَلا يُوَفَّقُ لَهُ أَوْ لا يُعِينُهُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ، وَلا بُدَّ مِنَ الإِعَانَةِ إِلَّا إِذَا كَانَ هُوَ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ دُونَ غَيْرِهِ فَحِينَئِذٍ يُفْتَرَضُ عَلَيْهِ التَّقَلُّدُ صِيَانَةً لِحُقُوقِ العِبَادِ وَإِخْلَاءً لِلْعَالَمِ عَنِ الفَسَادِ.

فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر فإنه في ظاهره جاه وفي باطنه هلاك.

وذكر في «المبسوط» بعد ذكر هذا الحديث وقال: كان شيخنا - أراد به شمس الأئمة الحلواني رحمهما الله - يقول: لا ينبغي لأحد أن يزدريَ هذا اللفظ كيلا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي، فقد حُكي أن قاضيًا رُوي له هذا الحديث فأزدراه وقال: كيف يكون هذا؟ ثم دعا في مجلسه بمن يسوّي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض شعره من تحت ذقنه إذ عطس فأصابه الموسَى وألقى رأسه بين يديه.

ثم ذكر الصدر الشهيد رحمه الله أحاديثٌ في أدب القاضي بعد هذا الحديث فقال: ذكر عن الحارث النضري قال: كانت بنو إسرائيل إذا استُقضي الرجل منهم أُوِيسَ له من النبوة، وفائدة الحديث التحذير عن طلب القضاء والدخول فيه؛ لأنَّ درجة النبوة عظيمة، فمن أُوِيس له من النبوة كان ذلك مُسقَطة له لا مُكرمَة له؛ وهذا لأنَّ في بنِي إسرآئيل من فرغ نفسه للعبادة ستين سنة فإنه يُرجى له النبوة، فإذا اشتغل بالقضاء انقطع طمعُهم فيه.

وأبو قِلابَة رحمه الله دُعي إلى القضاء فهربَ حتى أتى الشام فوافقَ ذلك عزل قاضيها فهربَ حتى أتى اليمامة فقال: ما وجدتُّ مثل القاضي إلا كمثل سابح في بحر فكم عسى أن يسبح حتى يفرق؛ وهذا لأنَّ الغالب من حال السابح في البحر الهلاكَ والنجاة نادرة، فكذا الغالبُ من حال الدَّاخل في القضاء الهلاك والنجاة نادرة، فكأنَّ حديث أبي قلابة بلغ أبا حنيفة رضي الله عنه حتى قال لأبي يوسف رحمه الله ما ذكرناه.

ورُوي عن أبي هريرة رضي الله عنه يقول: «والله ليرمينَّ الله تعالى القضاة يوم القيمة بشرر أعظم من هضاب جسمَى».

الشرر: هو النار، والهضاب: التلال، وجسمَى: اسم موضع، وهذا الحديث وإن قيل في تأويله: أن المرادَ منه الجائر لكن بظاهره يتناول القضاة العادلَ والجائرَ جميعًا، وفائدة

قَالَ: (وَيَنْبَغِي أَنْ لا يَطْلُبَ الوِلَايَةَ وَلا يَسْأَلَهَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ طَلَبَ القَضَاءَ وُكِلَ إِلَى نَفْسِهِ وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ نَزَلَ عَلَيْهِ مَلَكٌ يُسَدِّدُهُ» وَلِأَنَّ مَنْ طَلَبَهُ يَعْتَمِدُ عَلَى نَفْسِهِ فَيَحْرُمُ، وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ يَتَوَكَّلُ عَلَى رَبِّهِ فَيُلْهَمُ. (ثُمَّ يَجُوزُ التَّقَلُّدُ مِنَ السُّلْطَانِ الجَائِرِ كَمَا يَجُوزُ مِنَ العَادِلِ) لِأَنَّ الصَّحَابَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - تَقَلَّدُوهُ مِنْ مُعَاوِيَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَالحَقُّ كَانَ بِيَدِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -

الحديث ما قلنا من التحذير عن طلب القضاء، فحينئذٍ يفترض عليه بمنزلة صلاة الجنازة؛ فإنه إذا تعيَّن الواحد لإقامتها يفترض عليه عينًا وقد مرَّ.

قوله: وَيَنْبَغِي أَنْ لا يَطْلُبَ الوِلَايَةَ - أي: لا يطلب ولاية القضاء بقلبه - وَلا يَسْأَلَهَا، أي: بلسانه.

قوله: مَنْ طَلَبَ القَضَاءَ وُكِلَ إِلَى نَفْسِهِ، بالتخفيف، أي: فوّض أمره إليها، ومن فوّض أمره إلى نفسه كان مخذولًا غير منصور وغير مرشد إلى الصواب؛ لأنَّ النفس أمَّارة بالسوء، وذكر الصدر الشهيد إسناد رواية هذا الحديث إلى أنس بن مالك رضي الله عنه ثم قال: وإنما كان كذلك؛ لأنَّ من سأل القضاء فقد اعتمد فقهَه وورعَه وذكاه فصار معجبًا فلا يُلهم الرشد ويحرم التوفيق، فما ينبغي أن يشتغل المرءُ بالتماس ما لو نال وكل إلى نفسه، فأمَّا من أكره على القضاء فقد اعتصم بحبل الله تعالى وتوكل على الله تعالى، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَن يَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُۥٓ﴾ [الطلاق: ٣]، فيُلهم الرشد ويُوفّق للصواب.

الإلهام: ما يُلقى في الروع.

قوله: ثُمَّ يَجُوزُ التَّقَلُّدُ مِنَ السُّلْطَانِ الجَائِرِ كَمَا يَجُوزُ مِنَ العَادِلِ، وذكر في «الملتقط»: والإسلامُ ليس بشرط فيه، أي: في السلطان الذي يُقلد، وقال فيه: وبلادُ الإسلام التي في أيدي الكفرة لا شك أنَّها بلاد الإسلام لا بلاد الحرب؛ لأنَّها غير متاخمة لبلاد الحرب، أي: متصلبة، ولأنَّهم لم يظهروا فيها حكم الكفر بل القضاةُ مسلمون، والملوك الذين يطيعونهم عن ضرورةٍ مسلمون، وإن كان غير ضرورة فكذلك أيضًا وهم فسَّاقٌ.

فِي نَوْبَتِهِ، وَالتَّابِعِينَ تَقَلَّدُوهُ مِنَ الحَجَّاجِ وَكَانَ جَائِزًا إِلَّا إِذَا كَانَ لا يُمَكِّنُهُ مِنَ القَضَاءِ بِحَقٍّ لِأَنَّ المَقْصُودَ لا يَحْصُلُ بِالتَّقَلُّدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ يُمَكِّنُهُ.

قَالَ: (وَمَنْ قُلِّدَ القَضَاءَ يُسَلَّمُ إِلَيْهِ دِيوَانُ القَاضِي الَّذِي كَانَ قَبْلَهُ) وَهُوَ الخَرَائِطُ الَّتِي

وكل مصر فيه والٍ مسلمٌ من جهتهم يجوز فيه إقامة الجمعة، والأعياد، وأخذ الخراج، وتقليد القضاة، وتزويج الأيامَى لاستيلاء المسلم عليه، وأمَّا طاعته للكفرة فذاك هو مُوادعة ومخادعة، وأمَّا بلاد عليها وُلاة الكفار فيجوز للمسلمين إقامةُ الجمع والأعياد، ويصير القاضي قاضيًا بتراضي المسلمون ويجب عليهم أن يلتمسوا واليًا مسلماً منهم، ﴿فَعَسَى ٱللَّهُ أَن يَأْتِيَ بِٱلْفَتْحِ أَوْ أَمْرٍ مِّنْ عِندِهِۦ﴾ [المائدة: ٥٢].

وقوله: فِي نَوْبَتِهِ، أي: في نوبة علي رضي الله عنه، وإنما قيَّد به احترازًا عن مذهب الروافض؛ فإنَّهم يقولون: الحق في يدي عليٍّ رضي الله عنه في جميع نُوَبِ الخلفاء، فكان الحق في يدي عليٍّ في نوبة أبي بكر، وكذلك في نوبة عمر وعثمان رضي الله عنهم، ولكن ما قالوه باطل لإجماع الأمة على صحة خلافة الخلفاء الراشدين، فلو كان الأمر على ما قالته الروافض لكان إجماع الأمة على باطل، والله تعالى شهد على صحة إجماع الأمة بقوله تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النساء: ١١٥] الآية، ولم يُروَ من عليٍّ رضي الله عنه ولا من غيره مخالفة ذلك الإجماع.

قوله: إِلَّا إِذَا كَانَ لا يُمَكِّنُهُ مِنَ القَضَاءِ بِحَقٍّ، أي: فحينئذٍ لا يجوز تقلُّد القضاء من ذلك السلطان الجائر؛ لأنَّه لا يفيد ولا تجوز طاعتُه في الجور.

ورُوي عن الحكم بن عَمرو الغفاري أنه أتاه كتاب معاوية وكان فيه: إن أمير المؤمنين يأمرك أن تصطفى له الصفر أو البيضاء، فقال: فقد سبق كتابُ الله كتابَ معاوية وتلا قوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٤١] الآية، ثم صعد المنبر فقال: يا أيها الناس لقد أتاني كتاب أمير المؤمنين وقد أمرني أن اصطفى له الصفر أو البيضاء، وقد سبق كتابُ الله كتابَ معاوية وإنِّي قاسم لكم ما أفاء الله عليكم، ألا فليَقم كل واحد منكم وليأخذ حقه ثم قال: اللّٰهم اقبضني إليك، فما عاش بعد ذلك إلا قليلًا، ذكره الصدر الشهيد في «أدب القاضي».

فِيهَا السِّجِلَّاتُ وَغَيْرُهَا، لِأَنَّهَا وُضِعَتْ فِيهَا لِتكُونَ حُجَّةً عِنْدَ الحَاجَةِ فَتُجْعَلُ فِي يَدِ مَنْ لَهُ وِلَايَةُ القَضَاءِ. ثُمَّ إنْ كَانَ البَيَاضُ مِنْ بَيْتِ المَالِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا كَانَ مِنْ مَالِ الخُصُومِ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهُمْ وَضَعُوهَا فِي يَدِهِ لِعَمَلِهِ وَقَدِ انْتَقَلَ إلَى المُوَلَّى،

السجل: كتاب الحكم، كذا في «المغرب».

وقوله: وَغَيْرُهَا، من المحاضر، والصُّكوك، وكتاب نصب الأوصياء، وتقدير النفقات.

قوله: وَمَنْ قُلِّدَ القَضَاءَ، إلى آخره، وإذا أراد القاضي المحدَث أن يقبض ديوان القاضي الذي قبله بعث رجلين من ثقاته فيقبضان من القاضي ديوانه، وهذا بناءٌ على أن للسلطان أن يعزل القاضي بريبة وبغير ريبة، أمَّا بريبة فلا شك، وأمَّا بغير ريبة فإنه رُوي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال: لا يترك القاضي على القضاء إلا حولًا؛ وهذا لأنَّه متى اشتغل بالقضاء أكثر من سنة نسيَ العلم فقلنا: بأنه يعزل ويستبدل حتى يشتغل هو بالدرس.

ومن حق السلطان أن ينظر لهذا القاضي إذا مضى عليه حول فيقول: لا فساد فيك ولكنِّي أخشي عليك أن تنسي العلم، اقعُد وادرس العلم ثم عد إلينا حتى نقلدك ثانيًا، ومتى عزله بريبة أو بغير ريبة واستبدل فإن القاضي المقلد يبعث رجلين من ثقاته، والواحد يكفي والاثنان أحوط، فيقضيان من المعزول ديوانه.

وديوان القاضي الخرائطُ التي فيها النسخ من السجلات، والصكوك، والمحاضر، ونصب الأوصياء، والقيم في أموال الوقف، وتقدير النفقات؛ وهذا لأنَّ القاضي يكتب نسختين: إحداهما تكون في يد الخصم والأخرى تكون في ديوان القاضي؛ لأنَّه ربَّما يحتاج إليها لمعنى من المعانِي؛ لأنَّ ما في يد الخصم لا يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فلا يمكن الاعتماد عليه.

قوله: ثُمَّ إنْ كَانَ البَيَاضُ - أي: القراطيس التي كتبت فيها نسخ السجلات - مِنْ بَيْتِ المَالِ فَظَاهِرٌ، أي: يجبر القاضي المعزول على دفعه؛ لأنَّ ذلك إنما كان في يده لعمله وقد صار العمل لغيره فلا يترك البياض في يده، وحاصله أن البياض لا يخلو من الأوجه الثلاثة،

وَكَذَا إِذَا كَانَ مِنْ مَالِ القَاضِي هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ اتَّخَذَهُ تَدَيُّنًا لا تَمَوُّلًا، وَيَبْعَثُ أَمِينَيْنِ لِيَقْبِضَاهَا بِحَضْرَةِ المَعْزُولِ أَوْ أَمِينِهِ وَيَسْأَلَانِهِ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَيَجْعَلَانِ كُلَّ

وقد ذكرت أحكام الثلاثة في الكتاب.

قوله: وَيَجْعَلَانِ كُلَّ نَوْعٍ مِنْهَا فِي خَرِيطَةٍ، يعني: ما كان من نسخ السجلات يجعلانه في خريطة، وما كان من نصيب الأوصياء في أموال التيامى يجمعان في خريطة أخرى وكذلك في غيرهما؛ وإنَّما يفعلان هكذا لأن هذه النسخ كانت تحت تصرف القاضي المعزول وكان لا يشتبه عليه شيء من ذلك متى احتاج إلى نسخه من الجملة، فأمَّا القاضي المقلد يشتبه عليه فلو لم يجمعا كل نوع من ذلك في خريطة يحتاج القاضي إلى نوع من الجملة، فيحتاج إلى أن يفتش جميع ذلك فيتعذر عليه الوصول.

قوله: وَهَذَا السُّؤَالُ لِكَشْفِ الحَالِ لا لِلْإِلزَامِ، أي: يسألان القاضي المعزول شيئاً فشيئاً؛ لا لما أن قول القاضي المعزول حجة فإنه بالعزل التحق بواحد من الرعايا، لكن يسألان لينكشف لهما ما أشكل عليهما، ومتى قبضا ذلك يختمان على ذلك احترازًا عن الزيادة والنقصان، كذا في «أدب القاضي» للصدر الشهيد رحمه الله.

فإن قلتَ: هذا التفسير الذي ذكره وهو سؤال الاستعلام لا يوافق لقوله: وَيَسْأَلَانِهِ شَيْئًا فَشَيْئًا، من حيث اللغة؛ لأنَّ السؤال إذا كان بمعنى الاستعلام يتعدي إلى المفعول الثاني بـ(عن)، كما في قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلشَّهْرِ ٱلْحَرَامِ﴾ [البقرة: ٢١٧]، وقوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢٢٢]، وغيرهما، وإذا كان بمعنى الطلب يتعدي إلى المفعولين بدون حرف الجر كما في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَـٰعًا﴾ [الأحزاب: ٥٣]، وقوله: ﴿إِن يَسْـَٔلْكُمُوهَا فَيُحْفِكُمْ﴾ [محمد: ٣٧]، وهاهنا تعدَّى إلى المفعولين بدون حرف الجر كما ترى، ثم جعل في الكتاب وفي «أدب القاضي» للصدر الشهيد بمعنى الاستعلام والاستفهام، فما وجهه؟

قلتُ: وجهه أن المفعول الثاني منهما محذوف وانتصاب: شَيْئًا فَشَيْئًا، بعامل مضمر يدل عليه قوله: وَيَسْأَلَانِهِ، فتقديره: ويسألان القاضي عن أحوال السجلات وعن أحوال

نَوْعٍ مِنْهَا فِي خَرِيطَةٍ كَيْ لا يَشْتَبِهَ عَلَى المُوَلَّى، وَهَذَا السُّؤَالُ لِكَشْفِ الحَالِ لا لِلْإِلزَامِ.

قَالَ: (وَيَنْظُرُ فِي حَالِ المَحْبُوسِينَ) لِأَنَّهُ نُصِّبَ نَاظِرًا (فَمَنِ اعْتَرَفَ بِحَقٍّ أَلْزَمَهُ إِيَّاهُ) لِأَنَّ الإِقْرَارَ مُلْزِمٌ (وَمَنْ أَنْكَرَ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلَ المَعْزُولِ عَلَيْهِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ) لِأَنَّهُ بِالعَزْلِ التَحَقَ بِالرَّعَايَا، وَشَهَادَةُ الفَرْدِ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ لا سِيَّمَا إِذَا كَانَتْ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ (فَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ لَمْ يُعَجِّلْ بِتَخْلِيَتِهِ حَتَّى يُنَادَى عَلَيْهِ وَيَنْظُرَ فِي أَمْرِهِ) لِأَنَّ فِعْلَ القَاضِي المَعْزُولِ حَقٌّ ظَاهِرٌ فَلَا يُعَجِّلُ كَيْ لا يُؤَدِّيَ إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ.

الصكوك وعن أسبابها وكيفياتها شيئًا فشيئًا، أي: يسألان شيئًا فشيئًا عنها.

ويحتمل أنَّهما عديا السؤال الذي بمعنى الاستعلام تعدية السؤال الذي بمعنى الطلب على وجه الاستعارة لالتقائهما في معنى الطلب؛ لأنَّ في الاستعلام طلب العلم أيضًا.

قوله: وَمَنْ أَنْكَرَ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلَ المَعْزُولِ عَلَيْهِ إِلَّا بِحُجَّةٍ، يعني: لو قال القاضي المعزول: إنِّي حبستُ هذا المدَّعى عليه بحق، لا يلتفت إلى قوله بدون الحجة؛ لأنَّ قوله ذلك شهادة لفعل نفسه، وهو لا يقبل هذا كله فيما إذا حضر خصوم المحبوسين، وأمَّا إذا لم يحضروا فحكمه ما ذكر في **قوله**: فَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ لَمْ يُعَجِّلْ بِتَخْلِيَتِهِ حَتَّى يُنَادَى عَلَيْهِ، يعنِي: (صاحب حق كيست بيايد وبيّنه اقامت كُند)، هكذا كان مكتوبًا بخط شيخي رحمه الله.

وذكر الصدر الشهيد: وإن كان في المحبوسين قوم لم يحضر لهم خصماء وادَّعى المحبوسون أنَّهم حبسوا بغير حقٍّ وأنه ليس لهم خصماء فالقاضي يُبلى عذرَه، أي: يظهر عذرَه، وإنما يحصل إبلاء العذر بأن يأمره مناديًا يُنادي كل يوم إذ جلس القاضي يقول: من كان يطالب فلان ابن فلان المحبوس الفلانِي بحقّ فليُحضر حتى بجمع بينه وبينه، فإن حضر وإلا فمن رأي القاضي أن يطلقه، ينادي كذلك أيَّامًا كما أن القاضي إذا عرض اليمين على المدَّعى عليه يقول له في كل مرة: إنِّي أعرض عليك اليمين فإن نكلتَ فمن رأيي أن أقضي عليك بالنكول، فإن نكل في المرة الثالثة وجه عليه القضاء، كذا هنا، فإن لم يحضر لرجل

(وَيَنْظُرُ فِي الوَدَائِعِ وَارْتِفَاعِ الوُقُوفِ فَيَعْمَلُ فِيهِ عَلَى مَا تَقُومُ بِهِ البَيِّنَةُ أَوْ يَعْتَرِفُ بِهِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ حُجَّةٌ. (وَلا يَقْبَلُ قَوْلَ المَعْزُولِ) لِمَا بَيَّنَّا (إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ أَنَّ المَعْزُولَ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ فَيَقْبَلُ قَوْلَهُ فِيهَا) لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِإِقْرَارِهِ أَنَّ اليَدَ كَانَتْ لِلْقَاضِي فَيَصِحُّ إِقْرَارُ القَاضِي كَأَنَّهُ فِي يَدِهِ فِي الحَالِ، إِلَّا إِذَا بَدَأَ بِالإِقْرَارِ لِغَيْرِهِ ثُمَّ أَقَرَّ بِتَسْلِيمِ القَاضِي فَيُسَلِّمُ مَا فِي يَدِهِ إِلَى المُقَرِّ لَهُ الأَوَّلِ لِسَبْقِ حَقِّهِ وَيَضْمَنُ قِيمَتَهُ لِلْقَاضِي بِإِقْرَارِهِ الثَّانِي وَيُسَلِّمُ إِلَى المُقَرِّ لَهُ مِنْ جِهَةِ القَاضِي.

منهم خصم أخذ منهم الكفيل لأنفسهم وأطلقهم بعد الثاني.

والفرق لأبي حنيفة رضي الله عنه بين هذه المسألة وبين مسألة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك الكفيل على ما يجيء إن شاء الله تعالى وهاهنا يأخذ، هو أن في مسألة القسمة الحق ظاهر لهذا الوارث، وفي ثبوت الحق لآخر شك وتردد فلا يجوز تأخير هذا الحق إلى وقت الكفالة لحق موهوم، أمّا في مسألة الكتاب فالحق ثابت بيقين؛ لأنّه حمل فعل القاضي المعزول على الصلاح والسداد لكنه مجهول، فلا يكون أخذ الكفالة لأمر موهوم.

قوله: كَأَنَّهُ فِي يَدِهِ فِي الحَالِ، أي: كأن المال المقرَّ به في يد القاضي المعزول في الحال، ولو كان في يد القاضي المعزول عياناً كان يقبل إقراره بما في يده، فكذا يقبل إقراره بما في يد مودعه؛ لأنَّ يد المودع كيد مودعه.

قوله: إِلَّا إِذَا بَدَأَ بِالإِقْرَارِ لِغَيْرِهِ ثُمَّ أَقَرَّ بِتَسْلِيمِ القَاضِي - إليه والقاضي يقول: هو لغيره - فَيُسَلِّمُ، أي: صاحب اليد.

قوله: لِسَبْقِ حَقِّهِ، أي: حق المقر له الأول ثم يَضْمَنُ قِيمَتَهُ لِلْقَاضِي بِإِقْرَارِهِ الثَّانِي وَيُسَلِّمُ القاضي القيمة إلى المقر له الذي أقرَّ له القاضي، وحاصل ذلك ما ذكره الصدر الشهيد رحمه الله فقال:

والمسألة على أربعة أوجه: (١) إمَّا أن قال صاحب اليد: دفعه إلى القاضي فلان

قَالَ: (وَيَجْلِسُ لِلْحُكْمِ جُلُوسًا ظَاهِرًا فِي المَسْجِدِ) كَيْ لا يَشْتَبِهَ مَكَانُهُ عَلَى الغُرَبَاءِ

بن فلان وقال: هو لفلان بن فلان، (٢) أو قال: دفعه إلى القاضي المعزول ولا أدري لمن هو؟ (٣) أو أنكر ما قاله القاضي المعزول كله، (٤) أو قال: دفعه إلى القاضي المعزول وهو لفلان آخر.

ففي الوجه الأول والثاني: القاضي المولَّى يقبل قول القاضي المعزول ويكون المال للمقر له؛ لأنَّ المال إنما وصل إلى صاحب اليد من جهة القاضي المعزول، فكان المالُ في يد القاضي المعزول معنًى وهو بالعزل التحق بسائر الرَّعايا، ومن في يده مال إذا أقرَّ بذلك المال لإنسان يقبل إقراره، كذا هذا.

وفي الوجه الثالث: القول قوله وبقول القاضي المعزول لا يجب عليه شيء.

وفي الوجه الرابع المسألة على وجهين:

إما أن يبدأ صاحب اليد بالدفع فقال: دفعه إلى القاضي المعزول وهو لفلان آخر، أو بدأ بالإقرار فقال: هذا المالُ لفلان ابن فلان غير الذي أقرَّ له القاضي المعزول ثم قال: دفعه إلى القاضي المعزول، ففي الوجه الأول القول قول القاضي المعزول ويؤمر بالدفع إلى من أقرَّ له القاضي المعزول؛ لأنَّه لمَّا بدأ بالدفع من القاضي فقد أقر باليد للقاضي، فصار كأن المال في يد القاضي ثم أقرَّ أنه لفلان بن فلان لا يصح إقراره.

وفي الوجه الثاني يؤمر بالتسليم إلى من أقرَّ له ويضمن مثلَه إن كان من ذوات الأمثال لمن أقرَّ له القاضي المعزول؛ لأنَّ إقراره الأول صح؛ لأنَّ المال في يده فيجب عليه التسليم إلى المقر له، فإذا قال بعد ذلك دفعه إلى القاضي المعزول والقاضي يقول: هو لفلان آخر، فقد أقرَّ أن اليد كان للقاضي والقاضي يقر بالملك لرجل آخر فيصير هو بالإقرار لإنسان آخر متلِفـًا على الذي أقرَّ له القاضي المعزول بذلك المال، فيضمن مثله إن كان من ذوات الأمثال.

قوله: وَيَجْلِسُ لِلْحُكْمِ جُلُوسًا ظَاهِرًا فِي المَسْجِدِ، وهذه مسألة اختلف فيها العلماء أنه هل يجوز للقاضي أن يجلس في المسجد للقضاء؟ قال عُلماؤنا: لا بأس به، وقال الشافعي رحمه الله: يكره، وقال مالك بن أنس رحمه الله: الجواب على التفصيل إن كان في المسجد

وَبَعْضِ الْمُقِيمِينَ، وَالمَسْجِدُ الجَامِعُ أَوْلَى لِأَنَّهُ أَشْهَرُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُكْرَهُ الجُلُوسُ فِي المَسْجِدِ لِلْقَضَاءِ لِأَنَّهُ يَحْضُرُهُ الْمُشْرِكُ وَهُوَ نَجَسٌ بِالنَّصِّ وَالحَائِضُ وَهِيَ مَمْنُوعَةٌ عَنْ دُخُولِهِ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّمَا بُنِيَتِ المَسَاجِدُ لِذِكْرِ اللهِ تَعَالَى وَالحُكْمِ». «وَكَانَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَفْصِلُ الخُصُومَةَ فِي مُعْتَكَفِهِ» وَكَذَا الخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ كَانُوا يَجْلِسُونَ فِي المَسَاجِدِ

فيقدّم إليه الخصمان لا بأس بفصل الخصومة في المسجد، وإن تعمد الذّهاب إلى المسجد لفصل الخصومة في المسجد يكره، كذا ذكره الصدر الشهيد رحمه الله.

قوله: وَالمَسْجِدُ الجَامِعُ أَوْلَى لِأَنَّهُ أَشْهَرُ، قال الشيخ الإمام فخر الإسلام البزدوي رحمه الله: هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة، وأمّا إذا كان الجامع في طرف من البلدة ينبغي أن يختار مسجدًا آخر في وسط البلدة كيلا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب إلى طرف البلدة، وكذلك قال فيما إذا جلس في بيته إنما يجلس إذا كان بيته في وسط البلدة، وأمّا إذا كان في طرف البلدة يختار مسجد السوق؛ لأنّه أشهر، كذا في «المُغني».

وذكر في «المبسوط»: ولا بأس بأن يقضي في منزلة أو حيث أحبّ؛ لأنَّ عمل القضاء لا يختص بمكان.

ولأنه في كونه طاعة لا يكون فوق الصلاة، وقد قال صلّى الله عليه وسلم: «جعلت لي الأرض مسجدًا وطهورًا»، وأحسن ذلك وأحبّ إليّ أن يقضي حيث يقام جماعة الناس، يعني في المسجد الجامع أو غيره من مساجد الجماعات؛ لأنَّ ذلك يكون عن التهمة أبعد.

ولا يقضي وهو يمشي، أو يسير على الدابة فأبى الخوف من ذلك الزلل؛ لأنّه عند ذلك لا يكون معتدل الحال ويكون قلبه مشغولًا بما هو فيه من المشي والسير، ولا يتفرغ للنظر في الحجج؛ لأنه نوع من الاستخفاف وهو مأمور بأن يصون قضاءه من الاستخفاف ظاهرًا وباطنًا، ولا بأس بأن يقضي وهو متكئ؛ لأنَّ الاتكاء نوع جلسة كالتربع وغيره، وطباع الناس في الجلوس تختلف.

لِفَصْلِ الخُصُومَاتِ، وَلِأَنَّ القَضَاءَ عِبَادَةٌ فَيَجُوزُ إِقَامَتُهَا فِي المَسْجِدِ كَالصَّلَاةِ. وَنَجَاسَةُ المُشْرِكِ فِي اعْتِقَادِهِ لا فِي ظَاهِرِهِ فَلَا يَمْنَعُ مِنْ دُخُولِهِ، وَالحَائِضُ تُخْبِرُ بِحَالِهَا فَيَخْرُجُ القَاضِي إِلَيْهَا أَوْ إِلَى بَابِ المَسْجِدِ أَوْ يَبْعَثُ مَنْ يَفْصِلُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ خَصْمِهَا كَمَا إِذَا كَانَتِ الخُصُومَةُ فِي الدَّابَّةِ. وَلَوْ جَلَسَ فِي دَارِهِ لا بَأْسَ بِهِ وَيَأْذَنُ لِلنَّاسِ بِالدُّخُولِ فِيهَا، وَيَجْلِسُ مَعَهُ مَنْ كَانَ يَجْلِسُ قَبْلَ ذَلِكَ لِأَنَّ فِي جُلُوسِهِ وَحْدَهُ تُهْمَةً. قَالَ: (وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةً إِلَّا مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ أَوْ مِمَّنْ جَرَتْ عَادَتُهُ قَبْلَ القَضَاءِ بِمُهَادَاتِهِ) لِأَنَّ الأَوَّلَ صِلَةُ الرَّحِمِ وَالثَّانِيَ لَيْسَ لِلْقَضَاءِ بَلْ جَرَى عَلَى العَادَةِ، وَفِيمَا

قوله: لِأَنَّ فِي جُلُوسِهِ وَحْدَهُ تُهْمَةً، وهي تهمة الظلم والرشوة.

قوله: وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةً إِلَّا مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ أَوْ مِمَّنْ جَرَتْ عَادَتُهُ قَبْلَ القَضَاءِ بِمُهَادَاتِهِ، لكن هذا إذا لم يكن للقريب أو لمن جرت عادته بمهاداته خصومة، وحاصل ذلك أن هدايا القاضي أنواع:

(١) هدية ممَّن له خصومة وليس له أن يقبلها سواء كان بين القاضي وبين المهدي مُهاداة قبل القضاء أو لم يكن، وسواء كان بينهما قرابة أو لم يكن، (٢) وهدية ممن لا خصومة له وإنَّها على نوعين:

إمَّا أن تكون بينهما مُهاداة قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة أو لم يكن، إن لم يكن لا ينبغي له أن يقبلها، وإن كان بينهما مُهاداة قبل القضاء فإن أهداه بعد القضاء بمثل ما كان يهديه قبل القضاء فلا بأس بأن يقبلها، فيحمل ذلك على المباسطة السابقة بينهما حملًا لأمر المسلمين على السداد والصلاح بالقدر الممكن، وإن كان أهداه زيادةً على ما كان يهديه قبل القضاء فإنه لا يأخذ الزيادة.

وقال الشيخ الإمام فخر الإسلام البزدوي رحمه الله: إلا أن يكون مال المهدي قد

وَرَاءَ ذَٰلِكَ يَصِيرُ آكِلًا بِقَضَائِهِ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ لِلْقَرِيبِ خُصُومَةٌ لا يَقْبَلُ هَدِيَّتَهُ، وَكَذَا إذَا زَادَ الْمُهْدِي عَلَى الْمُعْتَادِ أَوْ كَانَتْ لَهُ خُصُومَةٌ لِأَنَّهُ لِأَجْلِ الْقَضَاءِ فَيَتَحَامَاهُ.

ازداد، فبقدر ما ازداد ماله إذا زاد في الهدية فلا بأس بقبولها، ثم إذا أخذ الهدية ولم يكن له أخذها، أو أخذ الزيادة ولم يكن له أخذها، ماذا يصنع بها؟

اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يضعها في بيت المال، وعامتهم قالوا بأنه يردها على أربابها إن عرفهم، وإليه أشار في «السير الكبير»، وإن لم يعرف مهديها، أو عرفه إلا أنه كان بعيدًا حتى تعذَّر الرد عليه يضعُها في بيت المال حينئذٍ ويكون حكمها حكم اللقطة، وإنما وضعها في بيت المال؛ لأنَّه إنما أُهديَ إليه لعمله، وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى للمسلمين.

وذكر في «المبسوط»: ولا تقبل الهدية وقبول الهدية في الشرع مندوب لها، قال النبيُّ صلَّى الله عليه وسلم: «نعم الشيء الهديةُ إذا دخلتِ الباب ضحكت الأُسكُفَّة»، وقال صلَّى الله عليه وسلم: «الهدية تُذهب وَجَر الصَّدر، أو وَغرَ الصدر»، قيل: وجرُ الصَّدر غشُّه، والوغرُ توقّد الغيظ في الصدر، وقال صلَّى الله عليه وسلم «تَهادَوْا تحابُّوا»، ولكن هذا في حق من لم يتعين لعمل من أعمال المسلمين، فأما من تعيَّن لذلك كالقضاة والولاة فعليه التحرُّز من قبول الهدية، خصوصًا ممن كان لا يُهدى قبل ذلك؛ لأنَّه من جوالب القضاء وهو نوع من الرشوة والسُّحت.

واستعمل عُمر أبا هريرة رضي الله عنهما فقدم بمال فقال: من أين لك هذا؟ قال تَنَاتَجت الخيول وتلاحقت الهدايا، فقال: أي عدو الله هلَّا قعدتَ بيتك فتنظر أيُهدى إليك أم لا؟ فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال، فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كانت بهذه الصفة، وإذا كان كذلك فليحترز عن ذلك إلا من ذي رحم محرم منه، فقد كان التَّهادي بينهم قبل ذلك عادةً.

ولأنه من جوالب القرابة وهو مندوب إلى صلة الرحم، وفي الردِّ معنى قطيعة الرحم، وقطيعةُ الرحم من الملاعن، فأمَّا في حقِّ الأجانب فقبول القاضي الهدية من جملة ما يقال:

وَلا يَحْضُرُ دَعْوَةً إِلَّا أَنْ تَكُونَ عَامَّةً لِأَنَّ الخَاصَّةَ لِأَجْلِ القَضَاءِ فَيُتَّهَمُ بِالإِجَابَةِ، بِخِلَافِ العَامَّةِ، وَيَدْخُلُ فِي هَذَا الجَوَابِ قَرِيبُهُ وَهُوَ قَوْلُهُمَا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ

إذا دخلت الهدية من الباب خرجت الأمانة من الكوَّة.

قوله: وَلَا يَحْضُرُ دَعْوَةً إِلَّا أَنْ تَكُونَ عَامَّةً، وتكلَّموا في الحد الفاصل بين الدعوة الخاصة وبين الدعوة العامة، بعضهم قالوا: إن كان خمسة نفر أو ستة نفر إلى العشرة فهذه دعوة خاصَّة، وإن جاوز العشرة فهذه دعوة عامَّة.

وحُكي عن القاضي الإمام أبي علي النَّسفي رحمه الله أنه قال: الدعوة العامة دعوةُ عُرسٍ أو ختان، وما سوى ذلك دعوة خاصة، وهكذا ذكر القدوري رحمه الله، وما ذكر في الكتاب من أن الدعوة الخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها اختيار الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، ولم يفصل في الدعوة الخاصة بين القريب وبين الأجنبي، وكذا لم يفصل بين ما إذا كان بين القاضي وبين صاحب الدعوة مباسطة قبل القضاء، وكان يتخذ الدعوة لأجله أو لم يكن، وذكر القدوري رحمه الله أن القاضي يجب الدعوة الخاصة في المحرم، وهكذا ذكره شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله، كذا في «المغني».

ووجدتُّ بخط شيخي رحمه الله: قوله: ولا يجيب الدعوة الخاصة ولم يفصل بين أن يكون الداعي أجنبيًّا، أو ذارحم محرم، وقد قال في فصل الهدية: لا يقبل إلا من ذي رحم محرم فلا بدَّ من التأويل بين المسألتين، قالوا: ما ذكر في الضيافة محمول على ما إذا كان ذا رحم محرم لم يجز بينهما الدعوة والمُهاداة صلة للقرابة، وإنما أُخذت بعد القضاء، فإذا كانت الحالة هذه فهذه والأجنبي سواء في هذا، وما ذكر في الهدية أنه يقبل من ذي الرحم المحرم فهو محمول على أنه كان يجري بينهما المهاداة قبل القضاء صلةً للقرابة، فإذا أهدي إليه هدية بعد القضاء فلا بأس بالقبول، هكذا ذكره شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده.

وقوله: وَلا يَحْضُرُ دَعْوَةً إِلَّا أَنْ تَكُونَ عَامَّةً، ذكر في «المبسوط» الشيخ الإمام أبي اليُسر رحمه الله: إلا أن يكون المضيف خصمًا فينبغي أن لا يجيب دعوته وإن كانت عامة، وكذا أيضًا في العيادة إنما يعود المريض إذا لم يكن المريض من المتخاصمين، أمَّا إذا كان منهم

اللهُ - أَنَّهُ يُجِيبُهُ وَإِنْ كَانَتْ خَاصَّةً كَالهَدِيَّةِ، وَالخَاصَّةُ مَا لَوْ عَلِمَ المُضِيفُ أَنَّ القَاضِيَ لا يَحْضُرُهَا لا يَتَّخِذُهَا.

قَالَ: (وَيَشْهَدُ الجِنَازَةَ وَيَعُودُ المَرِيضَ) لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ حُقُوقِ المُسْلِمِينَ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لِلْمُسْلِمِ عَلَى المُسْلِمِ سِتَّةُ حُقُوقٍ» وَعَدَّ مِنْهَا هَذَيْنِ. (وَلا يُضَيِّفُ أَحَدَ الخَصْمَيْنِ دُونَ خَصْمِهِ) لِأَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَهَى عَنْ ذَلِكَ، وَلِأَنَّ فِيهِ تُهْمَةً. قَالَ: (وَإِذَا حَضَرَا سَوَّى بَيْنَهُمَا فِي الجُلُوسِ وَالإِقْبَالِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ

فلا ينبغي أن يعودَ؛ لأنَّ ذلك يؤدي إلى إيذآء الخصم وإلى التهمة.

قوله: قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لِلْمُسْلِمِ عَلَى المُسْلِمِ سِتَّةُ حُقُوقٍ»، «عن أبي أيوب رضي الله عنه قال: سمعتُ رسول الله صلَّى الله عليه وسلم يقول: للمسلم على المسلم ستّ خصال واجبة، إن ترك شيئاً منها فقد ترك شيئاً واجبًا عليه: إذا دعاه أن يجيبه، وإذا مرض أن يعودَه، وإذا ماتَ أن يحضره، وإذا لقيه أن يسلم عليه، وإذا استنصحه أن ينصحه، وإذا عطس أن يشمته»، كذا في «تنبيه الغافلين».

قوله: وَلَا يُضَيِّفُ أَحَدَ الخَصْمَيْنِ دُونَ الآخَرِ، وفيه إشارة إلى أنه لو أضافهما جميعًا فليس به بأسٌ، وبه صرح في «المبسوط» وقال: ولا ينبغي أن يضيف أحد الخصمين إلا أن يكون خصمُه معه.

قوله: وَإِذَا حَضَرَا سَوَّى بَيْنَهُمَا فِي الجُلُوسِ، أي: بين يدي القاضي، والأصل فيه ما ذكره الصدر الشهيد عن عبد الله بن المبارك عن مصعب بن ثابت أن عبد الله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير إلى سعيد بن العاص، وهو على السرير قد أجلس عمرو بن الزبير على السرير، فلمَّا جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعيدٌ من شقه الآخر فقال: هُنا، فقال عبد الله: الأرض للأرض، به قضى رسول الله صلَّى الله عليه وسلم، أو سنة رسول الله صلَّى الله عليه وسلم أن الخصمين يقعدان بين يدي الإمام، فيه دليل على أن الخصوم يَجْثُون بين يدى

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِذَا ابْتُلِيَ أَحَدُكُمْ بِالقَضَاءِ فَلْيُسَوِّ بَيْنَهُمْ فِي المَجْلِسِ وَالإِشَارَةِ

القاضي على الأرض؛ وهذا لأنَّ القاضي لو أجلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب إلى القاضي فينعدمُ به التسوية، ولو أجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره ينعدم به التسوية أيضًا لفضل اليمين على اليسار، ألا ترى أن يمين رسول الله صلَّى الله عليه وسلم كان لأبي بكر ويساره كان لعُمر رضي الله عنهما، وكان ذلك لإظهار فضل أبي بكر رضي الله عنه.

وذكر في «المغني»: وفي «النوازل»: رجل خاصمَ السلطان إلى القاضي فجلس السلطانُ مع القاضي في مجلسه والخصم على الأرض، ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الأرض ثم يقضي بينهما، حتى لا يكون مفضِّلًا أحد الخصمين على الآخر، وهذه المسألة دليل على أن القاضي إذا وقعت له أو عليه لا بأس بأن يحكم فيه خليفته.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» : وهذه المسألة تدل على أن القاضي يصلح أن يكون قاضيًا على السلطان الذي قلَّده، والدليل عليه قصة عليّ رضي الله عنه عند شريح رحمه الله.

وحُكي عن الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني أنه كان يقول: إذا وقع الدعوى بين الرجل وابنه ينبغي للقاضي أن يسوّيَ بينهما في المجلس، قال: وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يدى القاضي ولا يتربعان، ولا يقصيان، ولا يحتبيان، وإن فعلا ذلك منعهما القاضي أو صاحب مجلسه تعظيمًا للحكم، كما يجلس المتعلم بين يدى العلم تعظيمًا للمعلم.

قال صاحبُ «الأقضية»: وينبغي أن يكون جلوسُهما بين يدي القاضي على قدر ذراعين أو نحو ذلك، بحيث يسمع كلامهما من غير أن يرفعا أصواتهما، وينبغي للقاضي إذا جلس في المجلس أن يسند ظهره إلى المحراب وهذا رسمُ زماننا، وكان الرسم في زمن الخصَّاف رحمه الله وغيره أن يجلس مستقبل القبلة بوجهه، ورسم زماننا أحسنُ، ويقفُ أعوانُ القاضي بين يدي القاضي ليكون أهيب في أعين الناظرين.

الإِقْبَال: (روى بچيزى كردن).

وتفسير التسوية في الجلوس والإقبال وغيرهما ما ذكر في «المبسوط» وقال: ينبغي

وَالنَّظَرِ» (وَلا يُسَارَّ أَحَدَهُمَا وَلا يُشِيرُ إلَيْهِ وَلا يُلَقِّنُهُ حُجَّةً) لِلتُّهَمَةِ وَلِأَنَّ فِيهِ

للقاضي أن ينصف الخصمين في مجلسهما، وفي النظر إليهما، وفي المنطق، ثم قال: أن يسوِّي بينهما، فالانصاف عبارة عن التسوية مأخوذ من المناصفة، وفي كل ما يتمكن من مراعاة التسوية فعليه أن يُسوِّي بينهما في ذلك، إلا ما لا يكون في وُسعه الامتناع منه من التمنى بقلبه أن يظهر حجةُ أحدهما فهو غير مؤاخذ بذلك؛ لما رُوي أن النبي صلَّى الله عليه وسلم كان يسوّي في القسم بين نسائه ثم يقول: اللّهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك، يعني: الميل بالقلب إلى عائشة رضي الله عنها.

ولا ينبغي أن يرفع صوته على أحدهما ما لا يرفعُه على الآخر؛ لأنَّ التسوية بينهما في ذلك ممكنة، وتخصيص أحدهما برفع الصوت عليه يجر تهمة الميل إليه، وهذه مكسرة لقلب من يرفع صوته عليه.

ولا ينطلق بوجهه إلى أحدهما في شيءٍ من المنطق ما لا يفعله بالآخر؛ لأنَّه يزداد به قوة وجراءة على الخصم.

وإذا تقدم إليه الخصمان فهو بالخيار إن شاء ابتدأهما فقال: ما لكما؟ وإن شاء تركهما حتى يبتديا بالنطق، وبعضُ القضاة يختار السكون ليكون الخصم هو الذي يبتدي بالكلام؛ لأنَّ القاضي إذا ابتدأهما كان ذلك منه تهييجًا للخصومة، وإنما جلس لفصل الخصومة لا لتهييجها، ولكنَّا نقول: الرأي في ذلك إليه، فحشمة مجلس القضاء قد يمنعهما من الكلام ما لم يبتدي القاضي بالكلام، فإن كان بهذه الصفة كان له أن يبتدي فيقول: ما لكما؟ وما يقدما إليه إلا بعد المنازعة والخصومة بينهما، لإلا يكون هذا اللفظ منه تهييجًا للخصومة، ولكن لا يكلمهما بشيء آخر سِوَى ما تقدما لأجله فإن ذلك يُذهب حشمة مجلس القضاء، ولهذا لا يسلمان عليه إذا تقدما بين يديه مع أن السلام سنة، فإذا تكلم صاحبُ الدعوى أسكت الآخر واستمع من صاحب الدعوى حتى يفهم صحة حجته؛ لأنَّهما إذا تكلما معًا لا يتمكن من أن يفهم كلامَ واحد منهما؛ ولأن تكلمهما معًا نوع شَغَب وبه ينتقض حشمة مجلس القضاء، قال: ثم يأمره بالسكوت بعد ذلك ويستنطق الآخر، وهذا اللفظ يدل على أنه يستنطق الآخر وإن لم يسأل المدعي ذلك، واختيار بعض القضاة أنه لا يفعل ذلك إلا عند سؤال المدعي،

مَكْسَرَةٌ لِقَلْبِ الآخَرِ فَيَتْرُكُ حَقَّهُ (وَلا يَضْحَكُ فِي وَجْهِ أَحَدِهِمَا) لِأَنَّهُ يَجْتَرِئُ عَلَى خَصْمِهِ (وَلا يُمَازِحُهُمْ وَلا وَاحِدًا مِنْهُمْ) لِأَنَّهُ يُذْهِبُ بِمَهَابَةِ القَضَاءِ.

ولكنه إذا ادَّعى تفكر في دعواه فإن لم يكن صحيحة يقول له: قم صحِّح دعواك؛ لأنَّ بالدعوى الفاسدة لا يستحق الجواب، وإن صحح الدعوى قبله وقال له: أخبرتني بخبر ماذا أصنع؟ فإن قال: أريد جوابُه فاسأله عن ذلك فحينئذٍ يستنطق الآخر، والأصح عندنا أنه يستنطق الآخر وإن لم يلتمس المدعي ذلك؛ لأنَّه ما تقدم بين يديه وما أحضر خصمه إلا ملتمسًا لذلك فلا يحتاج بعد ذلك إلى التماس آخر، فإن سأله فأقرَّ بحقه أمره بالخروج من حقه، وإن أنكر قال للمدعي: قد سمعتَ إنكاره وهو منكر فما تقول؟ فإذا قال: حَلِّفْه حلَّفه بطلب المدعي بعد أن سأله البينة، ولا يسأله ذلك ما لم يطلُب يمينه؛ لأنَّه نوع تلقين.

ولا ينبغي للقاضي أن يلقِّن أحدَ الخصمين حجَّته، ولكن إذا طلب يمينَه فحينئذٍ جآز أوان الاستحلاف إن لم يكن للمدَّعي بينة حاضرة، ويسأله عند ذلك: ألك بينة؟

وينبغي للقاضي أن يقدم النساء على حدة والرجال على حدة؛ لأنَّ الناس يزدحمون في مجلسه، وفي اختلاط النساء بالرجال عند الزحمة من الفتنة، ولكن هذا في خصومة يكون بين النساء، فأمَّا في الخصومة التي تكون بين الرجال والنساء فلا يجد بدًّا من أن يقدمهن مع الرجال، واختار محمد رحمه الله أن يقدم الناسَ على منازلهم الأول فالأول، ولا يبتدي بأحد جآء قبله غيره، وإلى هذا أشار صلَّى الله عليه وسلم: «سبقك بها عكاشةُ»؛ وهذا لأنَّ الذي جاء أولًا استحق النظر في حجته إن لو كان جالسًا عند ذلك فيتأخر جلوس القاضي لا يتغيّر استحقاقه ولا يبطل بحضور غيره، فلهذا يقدمه عملًا بقوله تعالى: ﴿وَيُؤْتِ كُلَّ ذِي فَضْلٍ فَضْلَهُۥ﴾ [هود: ٣]، قال: ويضع على ذلك أميناً من قبله يقدمهم إليه؛ لأنَّه يتمكن من يعرف ذلك بنفسه لكثرة إشغاله، وفيما يعجز القاضي عن مباشرته يستعين بأمين من أمنائه، وينبغي أن يتنكر الأمين إلى مجلس القاضي ليعلم منازل الناس في الحضور، فلعلهم يكذبون في ذلك، وإنما يجعل على ذلك أمينًا لا يطمع ولا يرتشي فإن ذلك من عمل القضاء، فكما لا يطمع هو فيما يقضي فكذلك ينبغي أن يكون أمينه.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ تَلْقِينُ الشَّاهِدِ) وَمَعْنَاهُ أَنْ يَقُولَ لَهُ أَتَشْهَدُ بِكَذَا وَكَذَا، وَهَذَا لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ لِأَحَدِ الخَصْمَيْنِ فَيُكْرَهُ كَتَلْقِينِ الخَصْمِ. وَاسْتَحْسَنَهُ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -

وذكر الصدر الشهيد وصاحب «المغني»: إذا جلس القاضي لفصل الخصومات ينبغي أن يقيم بين يديه رجلًا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقتهم، ويمنعهم عن إساءة الأدب، ويقال له صاحب المجلس وله أسامي: الشُّرطي، والعريف، والجلواز، وينبغي أن يكون معه سوط، وينبغي أن يكون أمينًا، والجلواز من الجلوزة وهي المنع، ورُوي عن عبد الله بن عُمر رضي الله عنهما: «أنه كان إذا سافر استصحب رجلًا به سوء الأدب، فقيل له في ذلك فقال: أما علمتَ أن الشر بالشر يدفع».

قوله: وَيُكْرَهُ تَلْقِينُ الشَّاهِدِ، أي: يكره أن يقول القاضي شيئًا يستفيد الشاهد به علمًا، بل يدع الشاهد حتى يشهد بما عنده.

قوله: وَمَعْنَاهُ أَنْ يَقُولَ لَهُ أَتَشْهَدُ بِكَذَا وَكَذَا، أي: بعد ما سمع القاضي من الشاهد شيئًا من تقدير المال في شهادته، ولكن رآه قد استولته الحيرة حتى ترك شرطًا من شرائط الشهادة، كترك لفظ الشهادة، وترك الإشارة إلى المدعي والمدعى عليه، فتعينه القاضي بقوله: أَتَشْهَدُ بِكَذَا وَكَذَا، ليستفيد الشاهد منه ذكر لفظ الشهادة إزالة للحيرة منه، وهذا هو التلقين المختلف فيه.

وأمَّا في موضع التهمة بأن ادعى المدعي ألفًا وخمسمائة، والمدعى عليه ينكر الخمسمائة، وشهد الشاهد بالألف فالقاضي يقول: يحتمل أنه أبرأ الخمسمائة واستفاد الشاهدُ علمًا بذلك، ووفَّق في شهادته كما وفق القاضي، فهذا لا يجوز بالاتفاق.

وذكر في «المبسوط» في حق التلقين المختلف فيه: هو أن يذكر القاضي ما يسمع من الشاهد فيقول: اشهد بكذا؟ ولا يقول: أتشهد بكذا، لما لم يسمع منه فهو التلقين المكروه، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا أرى باسًا بأن يقول له: أتشهد بكذا وكذا، وإنما قال هذا حين ابتلي بالقضاء فرأى ما بالشهود من التحير عند أداء الشهادة بالحق، فإن لمجلس القضاء هيبةً وللقاضي حشمةً، ومن لم يعتد التكلم في مثل هذا المجلس يتعذَّر عليه البيان إذا لم يُعنه

فِي غَيْرِ مَوْضِعِ التُّهَمَةِ لِأَنَّ الشَّاهِدَ قَدْ يَحْصُرُ لِمَهَابَةِ المَجْلِسِ فَكَانَ تَلْقِينُهُ إِحْيَاءً لِلْحَقِّ بِمَنْزِلَةِ الإِشْخَاصِ وَالتَّكْفِيلِ.

القاضي على ذلك، وأداء الشهادة بالحق من باب البر قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، وأمرنا بإكرام الشهود قال صلَّى الله عليه وسلم: «أكرموا الشهود فإن الله تعالى يحي بِهم الحقوق»، وهذا القدر من التلقين يرجع إلى إكرامه بأن يذكر ما سمعَ منه فيقول: أتشهد بكذا؟.

ومذهبه نوع رخصة، والعزيمة فيما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنَّ القاضي منهيّ عن اكتساب ما يُجرّ إليه تهمة الميل، وما يكون فيه إعانة أحد الخصمين إمَّا صورةً أو معنًى، وتلقين الشهادة لا يخلو عن ذلك.

ولأن من عادة بعض الناس أن المحتسم إذا لقن أحدَهما شيئًا ترك ما كان قصد التكلم به، وتكلم بما لقنه تعظيمًا له، فلا يأمن القاضي أن يفعل الشاهد مثل ذلك فيدَع ما كان عنده من الشهادة، ويتكلم بما لقنه القاضي، والتلقين تعليم والقاضي إنما جلس لسماع الشهادة، وفصل القضايا بالشهادة، لا لتعليم الشهادة، فلهذا كره له أن يلقنه، كذا في «المبسوط».

الإِشْخَاص: پياده فرستادن، يقال: شخص من بلد إلى بلد شخوصًا، أي: ذهب من حدِّ منع، وأشخصه غيره، فتأخير دليل أبي يوسف رحمه الله عن دليلهما، وتسميته بالاستحسان كل ذلك دليل على أن المختار عند المصنف قول أبي يوسف رحمهما الله.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: لا ينبغي للقاضي أن يبيع ويشتري لنفسه بل يفوض ذلك إلى غيره، وعن محمد رحمه الله أنه لا بأس بأن يفعل ذلك في غير مجلس القضاء، واختار في «المبسوط» قول محمد في أنه لا بأس بأن يبيع في غير مجلس القضاء.

ولا ينبغي لمن يدخل مجلس القضاء لأجل الخصومة أن يسلّم على القاضي، ولو سلّم لا يجب على القاضي رد سلامه، فإن أراد القاضي جوابه ينبغي أن لا يزيد على قوله: وعليكم السلام، ويسلم الشاهد على القاضي ويردّ عليه.

ولا بأس للقاضي أن يفتي من لا يخاصم إليه، ولا يفتي أحد الخصمين فيما خوصم إليه.

....

ويقضي القاضي وهو مستوفٍ حظَّه من الطعام والشراب، ولا يقضي وهو جائع، ولا شبعان، ولا غضبان، ولا كظيطٌ من الطعام، ولا مأخوذ إحدى الأخبثين، ولا به نفاسٌ، أو نوم، ولا يضحك وصاحب مجلسه يقيم الخصوم بين يديه من البُعد، والشهود بقرب من القاضي، ويخرج للقضاء في أحسن ثيابه، وأعدل أحواله، ويأخذ كاتبًا عالما ورعًا، فإن كان القاضي فقيرًا محتاجًا فالأولى له أن يأخذ رزقه من بيت المال، بل يفترض عليه، وإن كان غنيًّا تكلموا فيه، والأولى أن لا يأخذ من بيت المال رزقه من بيت المال، والله تعالى أعلم بالصَّواب.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي الحَبْسِ)

فصل في الحبس

فمن أنواع حكم القاضي الحبُس، وله أحكام خمسة تتعلق به فلذلك أفرده بفصل على حدَّة، اعلم أن الحبس مشروع ثبتَ ذلك بالكتاب والسنة:

أمَّا الكتاب فقال الله تعالى في حق قطاع الطريق: ﴿أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِۚ﴾ [المائدة: ٣٣]، والمراد منه الحبسُ.

وأمَّا السنة فما روى بَهز بن حكيم عن أبيه عن جده رضي الله عنهم: «أن رسول الله صلَّى الله عليه وسلم حبس رجلًا بالتهمة»، فكما أن الحبس بالتهمة مشروع فالحبس بالدين أيضًا مشروع؛ لما رُوي عن أبي مجلزٍ: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلم حبس رجلًا من بني جُهينة أعتق شقصًا له في مملوك حتى باع فيه غُنيمة»، دلَّ الحديث على أن الحبس بالدين مشروع؛ فإنه لمَّا أعتق نصيبه صار ضامنًا لنصيب صاحبه فصار مديونًا، إلا أن في زمن النبي صلَّى الله عليه وسلم، وزمن أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لم يكن سجنٌ، فكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث أمكن، ولمَّا كان في زمن عليّ رضي الله عنه أحدث السجن، وكان هو أول من أحدث السجن في الإسلام، وسمي السجن نافعًا فلم يكن حصينًا، فانفلت الناس منه فبنى سجنًا آخر وسمَّاه مُخيّسًا، وقال فيه شعرًا:

أَلَا تَرَانِي كَيِّسًا مُكَيَّسَا * بَنَيْتُ بَعْدَ نَافِعٍ مُخَيَّسَا

من التخييس وهو التذليل، ورُوي الشعر بفتح الياء وهو موضع التخييس، وهو الذي اختاره في «المغرب»، وبالكسر أي: المذلِّل.

قَالَ: (وَإِذَا ثَبَتَ الحَقُّ عِنْدَ القَاضِي وَطَلَبَ صَاحِبُ الحَقِّ حَبْسَ غَرِيمِهِ لَمْ يُعَجِّلْ بِحَبْسِهِ وَأَمَرَهُ بِدَفْعِ مَا عَلَيْهِ) لِأَنَّ الحَبْسَ جَزَاءُ المُمَاطَلَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ ظُهُورِهَا، وَهَذَا

ثم اعلم أن المحبوس في الدين لا يخرج لمجيء شهر رمضان، ولا لفطره، ولا لأضحى، ولا لجمعة، ولا لصلاة مكتوبة، ولا لحجة فريضة، ولا لحضور جنازة بعض أهله وإن أعطى كفيلاً بنفسه؛ لأنَّ الحبس إنما شُرع ليضجر فيتسارع إلى قضاء الدين، وإنما يلحقه الضَّجر إذا مُنع عن الخروج أصلًا، ولهذا قالوا: ينبغي أن يُحبس في موضع لا يُبسط له فراش، ولا وطاءٌ، ولا أحد يدخل عليه ليستأنس به ليضجر قلبُه بذلك.

وذكر علي بن يزيد الطبري فقال: سألتُ محمد بن الحسن رحمه الله عن المحبوس إذا مات له والد أو ولدٌ: هل يخرج من حبسه؟ فقال: لا إلا أن لا يجد من يكفنه ويغسله فليخرج حينئذٍ، وهذا صحيح؛ لأنَّه لزم القيام بذلك لحق الوالدين، وليس في هذا القدر من الإخراج كثير ضرر بالطالب فيخرج، أمَّا إذا كان ثمَّة من يقوم بذلك فلا معنى لإخراجه عن السجن؛ لأنَّ حقوق الميت تصير مقاماً بغيره، وفي الخروج تفويت حق الطالب في الحبس، وقيل: بأنه يخرج بكفيل لجنازة الوالدين، والأجداد، والجدَّات، والأولاد، وفي غيرهم لا يخرج، وعليه الفتوى.

والمحبوسُ في السجن إذا مرض مرضاً أضناهُ إن كان له خادم يخدمُه فلا يخرج من السجن؛ لأن الحبس إنما شُرع ليضجر قلبه فيتسارع إلى قضاء الدَّين، وبالمرض يزداد الضَّجر فيزداد مسارعته إلى قضاء الدين، ولا يخرج للمعالجة؛ فإن المعالجة في السجن وفي منزله سواء، وهكذا رُوي عن محمد رحمه الله حتى قيل له: وإن مات فيها، قال: وإن مات، فقيل له: وإن لم يكن له من يخدمه وإن أخرجوه احتَسَبُوا عليه، قال: أخرجوه إذًا؛ لأنَّه إذا لم يكن ثمَّة من تمرضه ربما يموت بسببه، ولا يجوز الإهلاك لمكان الدين، ألا ترى أنه لو توجّه الهلاك إليه بالمخصمة كان له أن يدفعه بمال الغير فكيف يجوز إهلاكه لأجل مال الغير؟

ولو احتاج إلى الجماع لا بأس بأن تُدخل زوجته وجاريته في السجن فيطأهما حيث لا يطلع عليه أحد؛ لأنَّه غير ممنوع عن اقتضاء شهوة البطن، فكذلك لا يمنع عن اقتضاء

إِذَا ثَبَتَ الحَقُّ بِإِقْرَارِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْرِفْ كَوْنَهُ مُمَاطِلًا فِي أَوَّلِ الوَهْلَةِ فَلَعَلَّهُ طَمِعَ فِي الإِمْهَالِ فَلَمْ يَسْتَصْحِبَ المَالَ، فَإِذَا امْتَنَعَ بَعْدَ ذَلِكَ حَبَسَهُ لِظُهُورِ مَطْلِهِ، أَمَّا إِذَا ثَبَتَ بِالبَيِّنَةِ حَبَسَهُ كَمَا ثَبَتَ لِظُهُورِ المَطْلِ بِإِنْكَارِهِ.

شهوة الفرج، ورُوي بالفرق فيهما حيث لا يُمنع عن الطعام ويمنع عن الوطئ؛ لأنَّ الوطئ ليس من أصول الحوائج.

ولا يُمنع المحبوس من دخول أهله وجيرانه عليه؛ لأنَّه يحتاج إلى دخولهم عليه ليشاورهم في قضاء الدين، ولكن لا تمكنون من أن يمكثوا طويلًا، والمال غير مقدَّر في حق الحبس حتى أنه يحبس في الدرهم وفي أقل منه؛ لأنَّ مانع الدرهم وما دونه ظالم، كذا في الكفالة والحوالة من «المبسوط»، وفي الباب الحادي والثلاثين من «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد، وفي الفصل التاسع من «الذخيرة»، وفي الفصل السابع والعشرين من «المغني».

يُقال: لقيته أَوَّلِ وَهْلَةٍ، أي: أول شيء.

قوله: لِأَنَّهُ لَمْ يَعْرِفْ كَوْنَهُ مُمَاطِلًا فِي أَوَّلِ الوَهْلَةِ؛ لأنَّ من حجة المقرّ أن يقول: ظننتُ أنك تمهلنِي فإن أبيت أوفيك حقك، أمَّا إذا جحد الدين حتى يثبت بالبينة فقد وجدت المماطلة، كذا ذكره الصدر الشهيد.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: وكان والدي رحمه الله يقول: حُكي عن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنه يقول: إن ظهر الدين بالبينة لا يحبسُه أول مرة، وإن ظهر بالإقرار يحبسه، فكان عكس مسألة الكتاب، والوجه فيه أن الدين متى ثبت بالبينة كان له أن يعتذر فيقول: ما كنتُ علمتُ أن له عليَّ ديناً، فإذا علمتُ الآن أقضى ولا أتوانِي في قضائه، ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الإقرار.

ثم قال الصدر الشهيد في «أدب القاضي»: فإذا جاء أوان الحبس لا يُسأل المدعى عليه: ألك مال؟ وقال صاحب الكتاب - وهو الخصاف رحمه الله -: الصواب عندي أن لا يحبسه حتى يسأله ألك مال؟ فيستحلفه على ذلك، فإن أقرَّ أن له مالًا حبسه، فإن قال: لا مال

قَالَ: (فَإِنِ امْتَنَعَ حَبَسَهُ فِي كُلِّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بَدَلًا عَنْ مَالٍ حَصَلَ فِي يَدِهِ كَثَمَنِ المَبِيعِ

لي، قال للطالب: أثبت أن له مالًا حتى أحبسه؟ وهو مذهب بعض القضاة.

قوله: فَإِنِ امْتَنَعَ حَبَسَهُ فِي كُلِّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بَدَلًا عَنْ مَالٍ حَصَلَ فِي يَدِهِ، إلى آخره، في هذا جمع بين القولين.

اعلم أن هاهنا اختلف العلماء على أقوال خمسة، بيانُ ذلك فيما ذكره في «الذخيرة» في الفصل التاسع من أدب القاضي، وفيما ذكره الصدر الشهيد رحمه الله في «شرح أدب القاضي» فيما ذكرنا من باب الحبس: وإذا جآء رجل برجل إلى القاضي وأثبت عليه ماله ببينة، أو أقرَّ الرجل به وقال المدعي: إنه موسرٌ وطلبَ من القاضي أن يحبسه، وقال المطلوب: لا بل أنا معسرٌ، فقد اختلفت الروايات فيه، فاختيار الخصاف وهو روايةُ أصحابنا أن القول قول المديون؛ لأنَّه متمسك بالأصل؛ لأن الفقر أصلٌ في الآدمي فإنه يولد ولا مال له، وصاحبُ الدين يدعي أمرًا عارضًا، والتمسُّك بالأصل واجب حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع اليمين.

واختيار أبي عبد الله البلخي رحمه الله وهو روايةٌ عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: أن كل دينٍ أصله مال كثمن البياعات والعروض فالقول فيه قول المدَّعي؛ لأنَّه عرف دخول شيء في ملكه، وعرف قدرته على قضاء الدين بما دخل في ملكه، وزوال ذلك عن ملكه محتمل فكان القول فيه للمدعي، وكل دين لم يكن أصله مالًا كالمهر، وبدل الخلع وما أشبه ذلك، فالقول فيه قول المدعى عليه؛ لأنَّه لم يدخل شيء في ملكه، ولم يعرف قدرته على قضاء الدين فيبقى متمسكًا بالأصل وهو العسرة، فيكون القولُ قوله.

والذي يؤيد هذا القول مسألتان:

إحداهما ما نصَّ محمد رحمه الله في كتاب النكاح أن المرأة إذا ادَّعت على زوجها أنه موسر وادعت عليه نفقة الموسرين فزعم الزوج أنه معسرٌ وعليه نفقة المعسرين يجعل القول قول الزوج؛ لأنَّه لم يدخل في ملكه شيء يثبت به قدرته على قضاء الدين بما وجب عليه من الضمان، فكان متمسكًا بأصل العُسرة فكان القول قوله.

أَوِ الْتَزَمَهُ بِعَقْدٍ كَالمَهْرِ وَالكَفَالَةِ) لِأَنَّهُ إِذَا حَصَلَ المَالُ فِي يَدِهِ ثَبَتَ غِنَاهُ بِهِ، وَإِقْدَامُهُ عَلَى التِزَامِهِ بِاخْتِيَارِهِ دَلِيلُ يَسَارِهِ إِذْ هُوَ لا يَلْتَزِمُ إِلَّا مَا يَقْدِرُ عَلَى أَدَائِهِ، وَالمُرَادُ بِالمَهْرِ مُعَجَّلُهُ دُونَ مُؤَجَّلِهِ.

والثانية: ما نصَّ عليه في كتاب العتاق أن أحد الشريكين إذا أعتق العبدَ المشترك وزعم أنه معسر كان القول قوله؛ لأنَّ هذا الضمان وجبَ بسبب لم يدخل في ملكه شيء بذلك السبب، وقال بعضهم: ما كان سبيله سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه أنه معسر كما في نفقة المحارم وما أشبه ذلك، وفيما سوى ذلك فالقول قول المدعي.

وقال بعضهم: كل دين لزمه بمعاقدته فالقول فيه قول المدعي، وكل دين لزمه حكماً لا بمباشرته العقد فالقول فيه قول المديون؛ لأنَّ الظاهر من حال الإنسان أن لا يشرع في أمرٍ لا يقدر عليه، ولا يلتزم مالاً لا وفاء به، وهذا القول يوجب التسوية بينهما إذا ثبت ذلك بدلًا عمَّا هو مال، أو لم يكن بدلًا عمَّا هو مال، وفرق هذا القائل بين مسألة النفقة ومسألة العتق وبين غيرهما وقال: ذلك ليس بدين على الحقيقة، بل ذلك صلة حتى سقطت النفقة بالموت، وكذلك ضمان العتق صلةٌ على قول أبي حنيفة رضي الله عنه.

وقال الفقيه أبو جعفر البلخي رحمه الله وهو القول الخامس: بحكم الزيّ والهيئة، إن كان عليه زيّ الفقراء كان القول قول المديون، وإن كان عليه زيّ الأغنياء كان القول قول المدعي في أنه موسرٌ إلا في أهل العلم والأشراف كالعلوية، والعباسية، فإنَّهم يتكلفون للباسهم مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجوههم فلا يكون الزيّ فيهم دليل اليسار، وتحكيم الزيّ ممهّدٌ في باب الشرع حتى حكم الزيّ في باب الزكاة في جواز الصَّرف إلى من رأى عليه زيّ الفقراء، فكذلك هاهنا، فإن كان على المطلوب زيّ الفقراء وادَّعى الطالب أنه قد كان عليه زيّ الأغنياء ولكن غيّر زيّه حين حضر مجلس الحكم فإن القاضي يسأله البينة، فإن أقام البينة تسمع منه فكان القول قوله، وإن لم يقم يحكم زيّه في الحال فيكون القول قول المديون.

قوله: وَالمُرَادُ بِالمَهْرِ مُعَجَّلُهُ دُونَ مُؤَجَّلِهِ؛ لأنَّ العادة جرت بتسليم المعجل، فكان إقدامه على النكاح دليلًا على قدرته على تسليم المعجل، فبعد ذلك لا تسمع دعواه بأنه

قَالَ: (وَلَا يَحْبِسُهُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ إِذَا قَالَ إِنِّي فَقِيرٌ إِلَّا أَنْ يُثْبِتَ غَرِيمُهُ أَنَّ لَهُ مَالًا فَيَحْبِسَهُ) لِأَنَّهُ لَمْ تُوجَدْ دَلَالَةُ الْيَسَارِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، وَعَلَى الْمُدَّعِي إِثْبَاتُ غِنَاهُ، وَيُرْوَى أَنَّ الْقَوْلَ لِمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْعُسْرَةُ. وَيُرْوَى أَنَّ الْقَوْلَ لَهُ إِلَّا فِيمَا بَدَلُهُ مَالٌ. وَفِي النَّفَقَةِ الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ إِنَّهُ مُعْسِرٌ، وَفِي إِعْتَاقِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ الْقَوْلُ لِلْمُعْتِقِ، وَالْمَسْأَلَتَانِ تُؤَيِّدَانِ الْقَوْلَيْنِ

لا يقدر على تسليم المعجل.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: وذكر في النكاح يحبس في المهر ذكر البزدوي رحمه الله أراد به المعجل؛ لأنَّ العادة في النكاح أن لا يقوم من لا وفاء عنده بالمعجل.

قوله: وَلَا يَحْبِسُهُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ، أي: فيما سوى المذكور كضمان الغصب، وأرش الجناية، **وقوله**: لِأَنَّهُ لَمْ تُوجَدْ دَلَالَةُ الْيَسَارِ، يتصل بالمستثنى منه وهو **قوله**: وَلَا يَحْبِسُهُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ.

ثم ذكر هاهنا قول من يقبل قوله من رب الدين والمديون في مواضع، وذكر أيضًا قبول بينة المدعي إذا أقام بينة على أن للمديون مالًا **بقوله**: إِلَّا أَنْ يُثْبِتَ غَرِيمُهُ أَنَّ لَهُ مَالًا، وبقي الوجه الثالث وهو ما إذا أقاما البينة على ما ادَّعياه، فربّ الدين على يسار المديون، والمديون على إعساره، فبينة من تقبل منهما؟ فذكر في «الذخيرة»: فبينة رب الدين أَوْلَى، وقال: وإن شهد شهود المديون أنه مفلس وأقام المدعي شهودًا أنه موسر فالبينة بينة المدعي؛ لأنَّهم شهدوا بأمر لم يعرفه شهود المديون.

قوله: وَيُرْوَى أَنَّ الْقَوْلَ لِمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، ويدخل تحته ثمن المبيع والمهر وغيرهما.

قوله: وَالْمَسْأَلَتَانِ - أي: مسألة النفقة ومسألة إعتاق العبد المشترك - تُؤَيِّدَانِ الْقَوْلَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ، وهما **قوله**: وَيُرْوَى أَنَّ الْقَوْلَ لِمَنْ عَلَيْهِ، **وقوله**: وَيُرْوَى أَنَّ الْقَوْلَ لَهُ، أي: لمن

الأَخِيرَيْنِ، وَالتَّخْرِيجُ عَلَى مَا قَالَ فِي الكِتَابِ أَنَّهُ لَيْسَ بِدَيْنٍ مُطْلَقٍ بَلْ هُوَ صِلَةٌ حَتَّى تَسْقُطَ النَّفَقَةُ بِالمَوْتِ عَلَى الِاتِّفَاقِ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - ضَمَانُ الإِعْتَاقِ، ثُمَّ فِيمَا كَانَ القَوْلُ قَوْلَ المُدَّعِي إِنَّ لَهُ مَالًا، أَوْ ثَبَتَ ذَلِكَ بِالبَيِّنَةِ فِيمَا كَانَ القَوْلُ قَوْلَ مَنْ عَلَيْهِ يَحْبِسُهُ شَهْرَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ فَالحَبْسُ لِظُهُورِ ظُلْمِهِ

عليه، وتأييدهما لهذين القولين ظاهر.

أمَّا تأييدهما في حق القول الذي كان القول لمن عليه في جميع ذلك، فإنه جعل القول قول الزوج والمولى مع أنَّهما باشرا عقد النكاح وفعل الإعتاق، فلو كان الصحيح ما هو المذكور أولًا وهو **قوله: أَوِ التَزَمَهُ بِعَقْدٍ كَالمَهْرِ**، أي: حبسه فيه لكان القول قول المرأة، وقول الشريك الساكت في دعوى اليسار.

وأمَّا تأييدهما للقول الذي كان القول لمن عليه إلا فيما بدلُه مال، فإنه لمَّا لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الإعتاق مالًا جُعل القول قول من عليه، عُلِم بهذا أن الصحيح هو القولان الآخران، وأمَّا من نصر القولَ الأول وهو **قوله: حَبَسَهُ فِي كُلِّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بَدَلًا عَنْ مَالٍ ... أَوِ التَزَمَهُ بِعَقْدٍ**، إلى آخره، فيجيب عن هاتين المسألتين بقوله: إن النفقة وضمان الإعتاق ليسا بدين مطلق، بل هما صلةٌ بدليل سقوطهما بالموت، أمَّا في حق النفقة فبالاتفاق، وأمَّا في حق ضمان الإعتاق فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وهذا هو المعنى من **قوله: وَالتَّخْرِيجُ عَلَى مَا قَالَ فِي الكِتَابِ**، فلمَّا كان كذلك لم ترد هاتان المسألتان نقضًا للقول الأول وهو **قوله: حَبَسَهُ فِي كُلِّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بَدَلًا عَنْ مَالٍ ... أَوِ التَزَمَهُ بِعَقْدٍ**.

وقوله: أَنَّهُ لَيْسَ بِدَيْنٍ مُطْلَقٍ، أي: النفقة على تأويل الإنفاق.

قوله: ثُمَّ فِيمَا كَانَ القَوْلُ قَوْلَ المُدَّعِي، أي: في دين لزمه بدلًا عن مال حصل في يديه كثمن المبيع، أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة.

قوله: أَوْ ثَبَتَ ذَلِكَ بِالبَيِّنَةِ فِيمَا كَانَ القَوْلُ قَوْلَ مَنْ عَلَيْهِ، - أي: في الدين الذي لزمه من

فِي الحَالِ، وَإِنَّمَا يَحْبِسُهُ مُدَّةً لِيَظْهَرَ مَالُهُ لَوْ كَانَ يُخْفِيهِ فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ تَمْتَدَّ المُدَّةُ لِيُفِيدَ هَذِهِ الفَائِدَةَ فَقَدَّرَهُ بِمَا ذَكَرَهُ، وَيُرْوَى غَيْرُ ذَلِكَ مِنَ التَّقْدِيرِ بِشَهْرٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ. وَالصَّحِيحُ أَنَّ التَّقْدِيرَ مُفَوَّضٌ إِلَى رَأْيِ القَاضِي لِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ الأَشْخَاصِ فِيهِ.

غير أن يكون بمقابلته مالٌ، ومن غير أن يلزمه كما في ضمان الغصب وأثبت المدعي أن له مالًا بالبينة - يَحْبِسُهُ شَهْرَيْنِ.

وقوله: يَحْبِسُهُ شَهْرَيْنِ، في الكتاب يتصل بقوله: ثُمَّ فِيمَا كَانَ القَوْلُ قَوْلَ المُدَّعِي.

قوله: وَيُرْوَى غَيْرُ ذَلِكَ مِنَ التَّقْدِيرِ، وهو التقدير بشهرين.

وقوله: بِشَهْرٍ، وهو اختيار الطحاوي، قال شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله: ما ذكره الطحاوي أرفقُ الأقاويل في هذا الباب؛ وهذا لأنَّ ما زاد على الشهر في حكم الأجل ومادونه في حكم العاجل.

قوله: أَوْ أَرْبَعَةٍ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وهو ما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله، والصحيح أن هذا ليس بتقدير لازم بل ذاك مفوض إلى رأي القاضي، فإن مضى ستة أشهر فوقع عنده أنه متعنِّت يُديم الحبس، وإن مضى شهر أو دونه ووقع عنده أنه عاجز أطلقه، كذا في «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد.

قوله: لِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ الأَشْخَاصِ فِيهِ، فمن الناس من يضجر في السجن في مدَّة قليلة، ومنهم من لا يضجر كثير ضجر بمقدار تلك المدَّة التي ضجر الآخرُ.

وقال في «الذخيرة»: وكثير من المشايخ قالوا: ليس في هذا تقدير لازم فقد روى هشام عن محمد مثل هذا، فإنه لم يعيّن في ذلك مدة؛ وهذا لأنَّ الحبس للإضجار وذلك مما يختلف فيه أحوال الناس فيكون مفوضًا إلى رأي القاضي، فإن وقع في رأيه أن هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويُظهر المال إن كان له، ولم يظهر يسأل عن حاله بعد ذلك، فإن سأل عنه فقامت البينةُ على عسرته أخرجه القاضي من الحبس، ولا يحتاج إلى لفظة الشهادة بل إذا أخبر بذلك

....

يكفي، وإن أخبره بذلك ثقة عُمل بقوله وأخرجه من السجن، والاثنان أحوط؛ لأنَّ ما سبيله سبيل الإخبار يكتفَى فيه بقول الواحد كالإخبار بالتوكيل، والعزل، وأشباه ذلك.

قالوا: هذا إذا لم يكن الحال حال المنازعة، فأمَّا إذا كانت الحال حال المنازعة بأن ادعى المطلوبُ أنه أعسر بعد ذلك وقال الطالب: إنه موسر، لا بدَّ من إقامة البينة متى كانت الحالُ هذه، فإن شهد الشاهدان أنه معسر خلَّى سبيله ولا تكون هذه شهادة على النفي؛ لأنَّ العسار بعد اليسار أمر حادث فتكون شهادة بأمر حادث لا بالنفي، وإن قال المحبوس: أنا مُعدم وطلب يمين الطالب أنه لا يعرف أنه مُعدم فالقاضي يحلِّفُه، فإن نكل أطلقه وإن حلف أبّد الحبس.

ثم كيفية الشهادة على الإفلاس حُكي عن أبي القاسم أنه قال: ينبغي أن يقول: أشهدُ أنه مفلسٌ مُعدمٌ، لا نعلم له مالًا سِوى كسوته التي عليه وثياب ليلة، وقد اختبرنا أمرَه في السر والعلانية وهذا أتم وأبلغ.

قال شيخ الإسلام رحمه الله: هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس واجب؛ لأنَّ الشهادة بالعَسار شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجة، فكان للقاضي أن لا يسأل ويعمل برأيه، ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط.

ثم أن محمدًا رحمه الله قبل بينة رب الدين على يساره واليسار لا يثبت إلا بالملك، وقد تعذر القضاء بالملك هاهنا؛ لأنَّ الشهود لم يشهدوا بمقدار الملك، فما ذكر محمد رحمه الله مشكل من هذا الوجه؛ لأنَّه ذكر في كتاب الشفعة أن المشتري إذا أنكر جوار الشفيع وأنكر ملكه في الدار التي في يديه تجنب الدار المشتراة، فأقام الشفيع ببينة أن له نصيبًا في هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فالقاضي لا يقضي بهذه البينة، ولكن الفرق بينهما هو أن الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين، وإنما يكون قادرًا على قضاء الدين إذا كان في ملكه مقدارُ الدين، فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك ليكون قدر الدين معلومًا في نفسه، أمَّا الشاهد على النصيب ليس بشاهد على شيءٍ معلوم؛ لأنَّ القليل من النصيب يصلح

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ خُلِّيَ سَبِيلُهُ) يَعْنِي بَعْدَ مُضِيِّ المُدَّةِ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ النَّظِرَةَ إِلَى المَيْسَرَةِ فَيَكُونُ حَبْسُهُ بَعْدَ ذَلِكَ ظُلْمًا؛ وَلَوْ قَامَتِ البَيِّنَةُ عَلَى إِفْلَاسِهِ قَبْلَ المُدَّةِ تُقْبَلُ فِي رِوَايَةٍ، وَلا تُقْبَلُ فِي رِوَايَةٍ، وَعَلَى الثَّانِيَةِ عَامَّةُ المَشَايِخِ - رَحِمَهُمُ اللهُ -.

لاستحقاق الشفعة، كما أن الوسط يصلح والكثير يصلح فالمشهود به مجهول.

ولأن في مسألة المحبوس حكم القضاء بالملك له غير ممكن لجحوده، وأمَّا الشفيع فإنه يدعي الملك فكان إمكان القضاء له بالملك شرطاً لثبوت الشفعة، فلمَّا لم يثبت القضاء له بالملك لعدم شرط القضاء لم تثبت الشفعة.

قوله: فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ خُلِّيَ سَبِيلُهُ، يَعْنِي بَعْدَ مُضِيِّ المُدَّةِ، أي: بعد مضي المدة التي رآها القاضي برأيه في حبس المديون، أو بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ بشهر، أو شهرين، أو أربعة على ما ذكر في الكتاب.

قوله: وَلَوْ قَامَتِ البَيِّنَةُ عَلَى إِفْلَاسِهِ - وقد ذكرنا كيفية الشهادة على الإفلاس - قَبْلَ المُدَّةِ، أي: قبل المدة التي ذكرناها من تقدير القاضي بمدة، أو تقدير الطحاوي بشهر أو غيرهما.

وذكر في «الذخيرة»: فإن أخبر عن إعساره قبل الحبس واحد عدل، أو اثنان، أو شهد بذلك شاهدان فعن محمد رحمه الله فيه روايتان: في رواية قال: لا يحبسه، وبه كان يفتي الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل، وهو قول إسماعيل بن حمَّاد بن أبي حنيفة، وهكذا قال نُصير بن يحيى رحمهم الله، وقال أبوبكر الإسكاف وعامة مشايخ ما وراء النَّهر رحمهم الله تعالى: أن القاضي يحبسه ولا يلتفت إلى هذه البينة؛ وهذا لأنَّ البينة على العسار بينة على النفي فلا تقبل، إلا إذا تأيدت بمؤيد، وقبل الحبس ما تأيدت بمؤيد، وبعدما حُبس ومضت عليه مدة فقد تأيدت بمؤيد؛ لأنَّ الظاهر أنه لو كان قادرًا على قضاء الدين لما تحمل مرارة الحبس.

وفي «شرح أدب القاضي»: فإن أحضر المدعى عليه بينةً بعد الحبس قبل هذا الوقت الذي ذكرنا، فشهدوا عند القاضي بذلك قال صاحب الكتاب: قبل القاضي ذلك وأخرجه

قَالَ فِي الكِتَابِ خُلِّيَ سَبِيلُهُ وَلا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ، وَهَذَا كَلَامٌ فِي المُلَازَمَةِ وَسَنَذْكُرُهُ فِي كِتَابِ الحَجْرِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: رَجُلٌ أَقَرَّ عِنْدَ القَاضِي بِدَيْنٍ فَإِنَّهُ يَحْبِسُهُ ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أَبَّدَ حَبْسَهُ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا

من السجن وفلَّسه، وهذا لا يشكل على أحد الروايتين، أمَّا على الرواية الثانية وهي أنه لا تقبل بينة الإفلاس قال مشايخنا: هذا إذا لم يكن حال الرجل مشكلًا، أمَّا إذا كان مشكلًا فلا يقبل قبل مضي تلك المدة، فإذا مضت تلك المدة واحتاج القاضي إلى معرفة حاله يرجع إلى من له معرفة وعلم بحاله، وأعلمُ الناس بحاله جيرانه فيسأل الثقاة من أهل جيرانه، فإن قال هؤلاء: إنا لا نعرف أنه له مالًا فلَّسه القاضي وأخرجه من السجن.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصَّغير»: وإن رأى القاضي أن يسأل عنه بعد الحبس قبل انقضاء مدة كان له ذلك، والبينة على الإفلاس بعد الحبس مقبولة بالإجماع، أمَّا إذا قامت البينة على إفلاسه قبل الحبس ففيه روايتان، وقال عامة المشايخ: لا يقبل، وهو الصحيح على ما ذكرنا.

قوله: وَلا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ، أي: لا يمنعهم من ملازمة المديون من حال بينهما حائل حولًا إذا صار حائلًا ومانعًا بينهما، وهذا عندنا، وقال زفر: يمنعهم من ملازمته؛ لأنَّه منظَر بإنظار الله تعالى، ولو كان منظرًا بإنظاره لا يكون له حق الملازمة كذا هاهنا.

ولكنا نقول: إنه منظر إلى زمان وجود ما يقدر به على أداء الدين، وذلك موهوم في كل ساعة فيلازمه حتى إذا وجد مالًا، أو يكتسب شيئًا فوق حاجته الدارة يأخذ منه، وأمَّا اعتباره بإنظاره فغير صحيح؛ لأنَّه ليس له الاستيفاء قبل الأجل وهُنا له ذلك إذا ظهر له مالٌ، وقد يظهر.

قوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: رَجُلٌ أَقَرَّ عِنْدَ القَاضِي بِدَيْنٍ فَإِنَّهُ يَحْبِسُهُ ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ، إلى آخره، وإنما ذكر لفظ «الجامع الصَّغير» هناك؛ لأنَّ رواية «الجامع الصَّغير» من حيث الظاهر تخالف ما ذكر في أول هذا الفصل؛ لأنَّه ذكر هناك: إذا ثبت الدين على المديون

خَلَّى سَبِيلَهُ، وَمُرَادُهُ إِذَا أَقَرَّ عِنْدَ غَيْرِ القَاضِي أَوْ عِنْدَهُ مَرَّةً وَظَهَرَتْ مُمَاطَلَتُهُ وَالحَبْسُ أَوَّلًا وَمُدَّتُهُ قَدْ بَيَّنَّاهُ فَلَا نُعِيدُهُ.

قَالَ: (وَيُحْبَسُ الرَّجُلُ فِي نَفَقَةِ زَوْجَتِهِ) لِأَنَّهُ ظَالِمٌ بِالِامْتِنَاعِ (وَلَا يُحْبَسُ وَالِدٌ فِي دَيْنِ وَلَدِهِ) لِأَنَّهُ نَوْعُ عُقُوبَةٍ فَلَا يَسْتَحِقُّهُ الوَلَدُ عَلَى الوَالِدِ كَالحُدُودِ وَالقِصَاصِ.

(إِلَّا إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الإِنْفَاقِ عَلَيْهِ) لِأَنَّ فِيهِ إِحْيَاءً لِوَلَدِهِ، وَلِأَنَّهُ لَا يُتَدَارَكُ

بالإقرار لا يحبسه في أول الوهلة، بخلاف ما إذا ثبت الدين بالبينة، وما ذكر في «الجامع الصَّغير» يقتضي جواز الحبس متصلًا بإقراره، فيثبت التناقض بين الروايتين، فذكر لفظ «الجامع الصَّغير» كما هو ثمَّ ذكر تأويله بقوله: وَمُرَادُهُ إِذَا أَقَرَّ عِنْدَ غَيْرِ القَاضِي، إلى آخره، إزالةً للتناقض الثابت من حيث الظاهر.

وقوله: وَمُرَادُهُ إِذَا أَقَرَّ عِنْدَ غَيْرِ القَاضِي أَوْ عِنْدَهُ مَرَّةً فَظَهَرَتْ مُمَاطَلَتُهُ، وإنما يحتاج إلى هذا التأويل؛ لأنَّه إذا وجبَ الدين بالإقرار لم يحبسه القاضي في أول المرافعة على ما هو المذكور في الكتاب، فإن الظلم من المطلوب لم يتحقق؛ لأنَّ من حجة المطلوب أن يقول: إنما طالَبني الآن بإيفاء الحق ورافعَني إليك قبل أن أوفيَه حقه فلهذا لا يحبسه، ولكنه يقول له: قم فأعطه حقه، فإن لم يُعطه حتى عاد إليه ثانيًا يحبسه؛ لأنَّه ثبت عند القاضي ظلمه فوجب حبسُه، ولو جحد قبل الإقرار فلمَّا قدم إلى القاضي أقرَّ يحبسه؛ لأنَّه ظهر ظلمه عند القاضي، قالوا: وهذا تأويل مسألة الكتاب، وإذا أقرَّ بالدين وادعى العسرة لا يصدّق إذا عارضه الخصم بدعوى اليسار، وقد ذكرناه، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: إِلَّا إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الإِنْفَاقِ عَلَيْهِ، أي: فحينئذٍ يحبس الوالد في نفقة ولده.

وقال في «الذخيرة»: وكل من أجبرتُه على النفقة وأبى أحبسه أبـًا كان، أو أمًّا، أو جدًّا، أو جدةً، أو زوجًا؛ لأنَّ في ترك الإنفاق عليهم سعيًا إلى إهلاكهم، ويجوز أن يحبس الوالد لقصده إتلاف الوالد.

لِسُقُوطِهَا بِمُضِيِّ الزَّمَانِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: لِسُقُوطِهَا - أي: لسقوط نفقة الولد - بِمُضِيِّ الزَّمَانِ، أمَّا الدين لا يسقط بمضيّ الزمان فافترقا في حق هذا الحكم، فيفترقان أيضًا في حق الحبس.

ثم اعلم أن الأب كما لا يحبس في دين الولد فكذلك لا يحبس المولى في دين العبد.

وذكر في «الذخيرة»: والعبدُ لا يحبس لمولاه؛ لأنَّ المولى لا يستوجب على عبده دينًا، وكذا لا يحبس المولى لعبده إذا لم يكن عليه دين؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين فكسبُه ملك المولى فكيف يستحق على المولى قضاء الدين إيَّاه، وإن كان مديونًا حُبس فيه؛ لأنَّ كسبه حق الغرماء وإنما يحبس المولى لحق الغرماء حتى يصلوا إلى ديونهم ممَّا عليه.

ويجوز حبس المولى لحق الأجانب، ويحبس مولى المكاتب للمكاتب إذا لم يكن الدين من جنس بدل الكتابة؛ لأنه إذا كان من جنس بدل الكتابة فقد ظفر بجنس حقه فيلتقيان قصاصًا، فلم يكن للمكاتب ولاية مطالبته بذلك الدين، فأمَّا إذا كان من غير جنس بدل الكتابة لا تقع المقاصَّة، والمكاتبُ في حق اكتسابه بمنزلة الحر فيكون له مطالبة المولى بذلك فيحبس عند مطله.

ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة؛ لأنَّه لا يصير ظالمـًا بالامتناع عن بدل الكتابة، فإن له أن لا يؤديَ ويرُدَّ نفسه في الرق، والحبسُ جزاء الظلم ولم يوجد، وإن كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه؛ لأنَّه لا يتمكن من فسخ بسبب ذلك الدين.

قال بعض مشايخنا: يجب أن يكون الجواب فيهما سواء فإن في جميع الأحكام لم يُفرق بينهما في حق المولى، ألا ترى أن الكفالة ببدل الكتابة للمولى كما لا تجوز لا تجوز الكفالة بدين آخر للمولى عليه، والجامعُ بينهما أنه متمكن من إسقاط الدين من نفسه بأن يعجز نفسه فيرد رقبتها فيسقط الدينُ عنه، ولكن في ظاهر الرواية فرق بينهما؛ لأنَّ بدل الكتابة لم يعتبر دينًا على الحقيقة فإنه صلة من وجه، بخلاف سائر الديون فلا يحبس فيه ويحبس في سائر الديون، والله سبحانه وتعالى أعلم.

(بَابُ كِتَابِ القَاضِي إِلَى القَاضِي)

قَالَ: (وَيُقْبَلُ كِتَابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي فِي الحُقُوقِ إِذَا شَهِدَ بِهِ عِنْدَهُ) لِلْحَاجَةِ

باب كتاب القاضي إلى القاضي

أورد هذا الباب بعد فصل السجن؛ لأنَّ هذا من عمل القضاء أيضًا كهو، إلا أن السجن يتم بقاض واحد وهذا إنما يتم باثنين، فالاثنان بعد الواحد وجودًا فأورد ذكرًا كذلك أيضًا طلبًا للتناسب.

اعلم بأن القياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضي إلى القاضي؛ لأنَّ كتابه لا يكون أقوى من عبارته، فلو حضر بنفسه مجلس القاضي المكتوب إليه وعبّر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به القاضي، فكذلك إذا كتب به إليه؛ ولأن الكتاب قد يُزوّر ويفتعل، والخط يشبه الخط، والخاتم يشبه الخاتم، فكان محتملًا والمحتمل لا يصلح حجة للقضاء، ولكنَّا جوّزنا العمل بكتاب القاضي إلى القاضي فيما يثبت مع الشبهات لحديث علي رضي الله عنه أنه جوّز ذلك لحاجة الناس إلى ذلك؛ لأنَّه قد يكون الشاهد للمرء على حقه في بلدةٍ وخصمه في بلدة أخرى فيتعذر عليه الجمع بينهما، وربَّما لا يتمكن من أن يُشهد على شهادتهما؛ لما أن أكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها، ثم يحتاج بعد ذلك إلى معرفة عدالة الأصول، ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة فتقع الحاجة إلى نقل شهادتهم بالكتاب إلى مجلس ذلك القاضي، ليعرف القاضي الكاتب عدالتهم ويكتب ذلك إلى القاضي المكتوب إليه، فللتيسير جوّزوا ذلك لكن فيما يثبت مع الشبهات؛ لأنَّه لا ينفك عن شبهة كما أشرنا إليه في وجه القياس، فلا يكون حجة فيما يندرئ بالشبهات، كذا في «المبسوط».

قوله: وَيُقْبَلُ كِتَابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي فِي الحُقُوقِ - أي: في الحقوق التي تثبت مع

عَلَى مَا نُبَيِّنُ (فَإِنْ شَهِدُوا عَلَى خَصْمٍ حَاضِرٍ حَكَمَ بِالشَّهَادَةِ) لِوُجُودِ الحُجَّةِ (وَكَتَبَ بِحُكْمِهِ) وَهُوَ المَدْعُوُّ سِجِلًّا (وَإِنْ شَهِدُوا بِهِ بِغَيْرِ حَضْرَةِ الخَصْمِ

الشبهات كما ذكرنا - إِذَا شُهِدَ - على بناء المفعول - بِهِ عِنْدَهُ، أي: إذا شهد بالكتاب عند القاضي المكتوب إليه.

قوله: وَإِنْ شَهِدُوا عَلَى خَصْمٍ ... حَكَمَ بِالشَّهَادَةِ، والمراد بالخصم هو الوكيل عن الغائب، أو المسخَّر الذي جعل وكيلًا لأجل إثبات الحق عليه وإن لم يكن هو وكيلًا عنه في الحقيقة؛ إذ لو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه نفسه لما احتيج إلى كتاب القاضي إلى قاضٍ آخر؛ لأنَّ حكم القاضي قد تمَّ على الخصم بحكمه فلا يحتاج إلى تنفيذه إلى قضاء قاضٍ آخر، ولو لم يكن خصم أصلًا لا المدعى عليه ولا نائبه وقد حكم القاضي بالشهادة كان قضاءً على الغائب وهو لا يجوز عندنا، فعُلم بهذا أن المراد من الخصم هذا وكيلُ المدعى عليه ليصح حكم القاضي عليه.

قوله: وَهُوَ المَدْعُوُّ سِجِلًّا؛ لأنَّ السجل لا يكون إلا بعد الحكم، والكتاب الحكمي وهو المعروف بكتاب القاضي إلى القاضي لا يكون إلا قبل الحكم.

والفرق بين السجل وهو الذي اتصل بالحادثة حكم القاضي بالشهود، وبين الكتاب الحكمي وهو الذي لم يتصل بالحادثة حكم القاضي ظاهر، وهو أن حكم القاضي في السجل إذا وقع في مسألة مختلف فيها ليس للقاضي المكتوب إليه إلا تنفيذه، وليس له رده لاتصال حكم القاضي به، بخلاف الكتاب الحكمي؛ فإن القاضي المكتوبَ إليه يسأل من رده؛ لأنَّه لم يتصل به الحكم وهو بمنزلة الشهادة على الشهادة في الحقيقة فكان له ولاية الرد والتنفيذ.

وذكر في «المبسوط»: وإذا وصل الكتاب إلى المكتوب إليه وقرأه بحضرة الخصم وشهد الشهود على الخصم وما فيه، وهذا مما يختلف فيه الفقهاء لم ينفذه المكتوب إليه إلا أن يكون من رأيه، أي: إلا أن يكون التنفيذ من رأيه؛ لان الأول لم يحكم به، وإنَّما نقل الشهادة بكتابه إلى مجلسه فلا يحكم به إلا إذا كان ذلك من رأيه، كما إذا شهد الفروع عنده على شهادة الأصول، وهذا بخلاف ما إذا كان الأول قد قضى به وأعطي به سجلًا فالثاني ينفذ

لَمْ يَحْكُمْ) لِأَنَّ القَضَاءَ عَلَى الغَائِبِ لا يَجُوزُ (وَكَتَبَ بِالشَّهَادَةِ) لِيَحْكُمَ المَكْتُوبُ إِلَيْهِ بِهَا وَهَذَا هُوَ الكِتَابُ الحُكْمِيُّ، وَهُوَ نَقْلُ الشَّهَادَةِ فِي الحَقِيقَةِ، وَيَخْتَصُّ بِشَرَائِطَ نَذْكُرُهَا إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَجَوَازُهُ لِمِسَاسِ الحَاجَةِ لِأَنَّ المُدَّعِيَ قَدْ يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ الجَمْعُ بَيْنَ شُهُودِهِ وَخَصْمِهِ فَأَشْبَهَ الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ. وَقَوْلُهُ فِي الحُقُوقِ

ذلك وإن لم يكن من رأيه؛ لان قضاء القاضي في المجتهدات نافذ، ألا ترى أنه ليس للأول أن يبطل قضاءه وأن يحول رأيه فكذلك ليس للثاني أن يبطل ذلك، فأمَّا في الكتاب الأول ما قضى بشيء، ألا ترى أن له أن يبطل قبل أن يبعث به إلى الثاني، فإن الخصم لو حضر مجلسه لم يلزمه ذلك شيئاً فكذلك الثاني لا ينفذ كتابه إلا أن يكون ذلك من رأيه.

وقوله: لَمْ يَحْكُمْ، أي: القاضي الكاتب.

قوله: وَهَذَا هُوَ الكِتَابُ الحُكْمِيُّ، أي: هذا كتاب كتبه القاضي الكاتب ليحكم به القاضي المكتوب إليه.

قوله: وَيَخْتَصُّ بِشَرَائِطَ، ومن الشرائط ما ذكره في «الذخيرة» فقال: العلوم الخمسة شرط جوازه، وهو أن يكون الكاتب معلومًا، يعني: القاضي الكاتب، إلى معلوم، يعني: المكتوب إليه، في معلوم، يعني: المدَّعى به، لمعلوم، يعني: المدَّعي، على معلوم، يعني: المدعي عليه، وشرائط أُخر نذكرها في هذا الباب إن شاء الله تعالى.

ثم إعلام كل واحد من هؤلاء المذكورين إنما يكون بذكر اسمه، واسم أبيه، واسم جده، أو قبيلته؛ لأنَّ إعلام الإنسان إذا كان غائبًا بهذه الأشياء، وإذا لم يكن يذكر اسم أبيه واسم جدّه لا يحصل التعريف بالاتفاق، وإن ذكر اسم أبيه ولم يذكر اسم جده أو قبيلته فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يحصل التعريف بالاتفاق، وإن ذكر اسم أبيه ولم يذكر اسم جدّه أو قبيلته فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يحصل التعريف، وإن كان مشهورًا اكتفى بالاسم الذي كان مشهورًا؛ لأن كتابه ما زاد على ذلك للتعريف فإذا حصل التعريف اكتفى بذلك.

وقوله: وَقَوْلُهُ فِي الحُقُوقِ يَنْدَرِجُ تَحْتَهُ الدَّيْنُ وَالنِّكَاحُ وَالنَّسَبُ وَالمَغْصُوبُ وَالأَمَانَةُ

يَنْدَرِجُ تَحْتَهُ الدَّيْنُ وَالنِّكَاحُ وَالنَّسَبُ وَالمَغْصُوبُ وَالأَمَانَةُ المَجْحُودَةُ وَالمُضَارَبَةُ المَجْحُودَةُ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ، وَهُوَ يُعْرَفُ بِالوَصْفِ لا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الإِشَارَةِ، وَيُقْبَلُ فِي العَقَارِ أَيْضًا لِأَنَّ التَّعْرِيفَ فِيهِ بِالتَّحْدِيدِ. وَلا يُقْبَلُ فِي الأَعْيَانِ

المَجْحُودَةُ، إلى قوله: لا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الإِشَارَةِ، فإن قلتَ: لا نسلم عدم الاحتياج إلى الإشارة فيما سوى الدين، فإن الشاهد يحتاج إلى أن يشير إلى الرجل والمرأة عند دعوى الكتاب من الجانبين، وكذلك في الأمانة والمغصوب وغيرهما، فكانت هذه الأشياء بمنزلة العروض كالثياب والحيوان في الاحتياج إلى الإشارة، وهناك لا يجوز كتاب القاضي إلى القاضي في ظاهر الرواية لهذه الغاية حيث قال: وَلا يُقْبَلُ فِي الأَعْيَانِ المَنْقُولَةِ لِلْحَاجَةِ إِلَى الإِشَارَةِ، وهذه الحقوق التي ذكر من دعوى النكاح والغصوب مشاركة لسائر المنقولات في تلك العلة كما ذكرنا، فينبغي أن لا يجوز فيها أيضًا كما لا يجوز في سائر النقليات؛ إذ الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم.

قلتُ: لا بل النكاح ونظائره المذكورة مما لا يحتاج إلى الإشارة؛ لأنَّ دعوى المدعي نفس النكاح، لا نفس المرأة ولا نفس الرجل، وإن كان هو يلزم من ضِمْنه فإن الاعتبار للمقاصد لا للضمنيات، ونفس النكاح من الأفعال وهو ممَّا لا يمكن الإشارة إليه فإن مثل هذا يوجد في الدين أيضًا، فإنه يحتاج إلى أن يشير إلى رب الدين وإلى المديون وذلك غير مانع بالاتفاق، وكذلك في العقار حيث يحتاج للإشارة إلى المدَّعي والمدعى عليه، كنتُ من تلك الشبهة في غمة زمانًا وأجبتُ بهذا الجواب ظنًّا، حتى وجدتُّ عين هذا السؤال والجواب في «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد رحمه الله، فحمدتُّ الله تعالى وتحيلتُ لنفسي نوع قدر حتى وقع في قلبي من السؤال والجواب ما وقع في قلوب الأكابر، وكان هو من اتفاق نوادر الخواطر، وصورة ما ذكر في «أدب القاضي»:

فإن قيل: الإشارة في باب النكاح شرط وكتاب القاضي إلى القاضي فيما يحتاج إليه الإشارة لا يجوز، ثم قال: قيل له: الإشارة إلى الخصم شرط وهو الرجل أو المرأة وهو ليس بمدَّعى، إنما المدعى شيء آخر فصار نظير النكاح الدين؛ فإن الدين في الذمة والإشارة إلى الغريم

الْمَنْقُولَةِ لِلْحَاجَةِ إِلَى الإِشَارَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُقْبَلُ فِي الْعَبْدِ دُونَ الأَمَةِ لِغَلَبَةِ الإِبَاقِ فِيهِ دُونَهَا. وَعَنْهُ أَنَّهُ يُقْبَلُ فِيهِمَا بِشَرَائِطَ تُعْرَفُ فِي مَوْضِعِهَا.

شرط ومع هذا جائز كتاب القاضي فيه، كذا هنا.

قوله: لِلْحَاجَةِ إِلَى الإِشَارَةِ، فكذلك لم يجوز أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله كتاب القاضي إلى القاضي في العبيد والجواري أيضًا وهو القياس؛ لأنَّه لا بدَّ من إشارة الشهود إلى العين ليثبت الاستحقاق بشهادتهم، ولهذا لو كان حاضرًا في البلدة لا تسمع الدعوى والشهادة إلا بعد إحضاره، فلا يجوز فيه كتاب القاضي إلى القاضي كما في سائر العروض، ولكن أبو يوسف رحمه الله استحسن في العبيد فقال: العبد يأبق من مولاه إلى آخره، كذا في «المبسوط».

قوله: لِغَلَبَةِ الإِبَاقِ فِيهِ دُونَهَا، أي: لغلبة الإباق في العبد لا في الأمة، واستعمل كلمة (دون) في النفي، والفرق له بينهما من وجهين:

أحدهما: أن العبد إنما يخدم خارج البيت فيقدر على الإباق غالبًا، فتمست الحاجة إلى الكتاب، وأمَّا الأمة إنما تخدم داخل البيت فلا يقدر على الإباق فلا تمسّت الحاجة إلى الكتاب.

والثاني: أن باب الفروج ممَّا يحتاط فيه فلم يجوّز دفع الجارية إلى رجل لم يُقضَ له بالملك، وإلى هذا الفرق أشار أبو يوسف رحمه الله فقال: أرأيتَ لو كانت جميلة أكنتُ أدفع إلى الطالب، كذا ذكره الصدر الشهيد رحمه الله.

قوله: وَعَنْهُ أَنَّهُ يُقْبَلُ فِيهِمَا بِشَرَائِطَ تُعْرَفُ فِي مَوْضِعِهَا، وموضعه كتاب الإباق من «المبسوط»، وباب كتاب القاضي إلى القاضي من «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد وهو الباب التاسع والخمسون منه، وكتاب أدب القاضي من «الذخيرة»، و«المغني».

ثم حاصل ما ذكر في هذه الكتب من بيان شرائطه، وصفة كتاب القاضي إلى القاضي فيه هو أنه إذا كان لرجل بخاريّ مثلًا عبد أبَقَ إلى سمرقند، فأخذه رجل سمرقنديّ وليس للمولى شهود بسمرقند إنما شهوده ببخارى، فطلب من قاضي بخارى أن يكتب بما شهد شهوده عنده، فالقاضي يجيبه ويكتب: شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهنديّ الذي يقال له فلان، حليته كذا، وقامته كذا، وسِنُّه كذا، وقيمته كذا، ملك فلان المدعي هذا، وقد أبق

....

إلى سمرقند واليوم في يد فلان بغير حق، ويشهد على كتابه شاهدين شخصان إلى سمرقند ويعلمهما ما في الكتاب، فإذا انتهى هذا الكتاب إلى قاضي سمرقند يحضر العبد مع الذي في يده حتى يشهدا عند قاضي سمرقند بالكتاب وبما فيه، حتى تقبل شهادتهما بالإجماع، فإذا قبل القاضي شهادتهما وعدالتهما فتح الكتاب ودفع العبد إلى المدَّعي من غير أن يقضي له بالعبد؛ لأنَّ الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد، ويأخذ كفيلًا من المدَّعي بنفس العبد، ويجعل خاتمًا من الرّصاص حتى لا يتعرض له أحد في الطريق أنه سرقه، ويكتب كتابًا إلى قاضي بخارى بذلك، ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب، فإذا وصل الكتاب إلى قاضي بخارى وشهد الشهود أن هذا كتاب قاضي سمرقند وخاتمه، أمر المدعي أن يحضر شهوده الذين شهدوا عنده أوَّل مرة.

وقال في «المبسوط»: فإذا أتى به إلى هذا القاضي أعاد شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه ملكه وحقه، فإذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب إلى ذلك القاضي بما يثبت عنده ليبرئ كفيلَه.

وذكر في غير «المبسوط»: فإذا شهدوا بذلك - أي: ثانيًا - ماذا يصنع قاضي بخارى؟ اختلفت الروايات عن أبي يوسف رحمه الله، ذكر في بعض الروايات: أن قاضي بخارى لا يقضى للمدَّعي بالعبد؛ لأنَّ الخصم غائب ولكن يكتب كتابًا آخر إلى قاضي سمرقند، ويكتب فيه ما جرى عنده، ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه، ويبعث بالعبد معه إلى سمرقند حتى يقضي له قاضي سمرقند بالعبد بحضرة المدعى عليه، فإذا وصل الكتاب إليه فهو يفعل كذلك ويبرئ الكفيل، وفي رواية أخرى ذكر كما ذكر في رواية «المبسوط».

وكتاب القاضي إلى القاضي في الجواري على قول أبي يوسف رحمه الله الأول، صورته ما ذكرنا في العبيد غير أن القاضي المكتوب إليه لا يدفع الجارية إلى المدعي ولكن يبعث بِها معه على يدي أمين؛ لأنَّه لو دفعها إليه لم يمتنع من وطئها وإن كان أمينًا في نفسه؛ لأنَّه يزعم أنَّها مملوكته، ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا: هذا استحسان فيه بعض القبح، فإنه إذا دفع إليه العبد يستخدمه قهرًا، أو يستغله فيأكل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيها

وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُقْبَلُ فِي جَمِيعِ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ وَعَلَيْهِ الْمُتَأَخِّرُونَ.

قَالَ: (وَلا يُقْبَلُ الكِتَابُ إِلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ) لِأَنَّ الكِتَابَ يُشْبِهُ الكِتَابَ فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ تَامَّةٍ وَهَذَا لِأَنَّهُ مُلْزِمٌ فَلَا بُدَّ مِنَ الحُجَّةِ، بِخِلَافِ كِتَابِ الِاسْتِئْمَانِ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُلْزِمٍ، وَبِخِلَافِ رَسُولِ القَاضِي إِلَى المُزَكِّي وَرَسُولِهِ إِلَى القَاضِي لِأَنَّ الإِلْزَامَ بِالشَّهَادَةِ لا بِالتَّزْكِيَةِ.

بقضاء القاضي، وربَّما يظهر العبد لغيره؛ لأنَّ الحلية والصفة يشتبهان، ألا ترى أن الرجلين المختلفين قد يتفقان في الحلية والصفة، فلذلك أخذنا فيه بالقياس.

قوله: وَعَلَيْهِ الْمُتَأَخِّرُونَ، وقال الشيخ الإمام المنتسب إلى إسبيجاب: وعليه الفتوى.

قوله: وَلا يُقْبَلُ الكِتَابُ إِلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وكان الشعبي رحمه الله يجيز كتاب القاضي إذا جاءه بغير بيّنة قياسًا على كتاب أهل الحرب على ما يجيء، والكل من «أدب القاضي» للصدر الشهيد.

قوله: وَهَذَا - أي: اشتراط الحجة التامة في كتاب القاضي بأن هذا الكتاب كتاب فلان القاضي - لِأَنَّهُ - أي: لأنَّ كتاب القاضي - مُلْزِمٌ فَلَا بُدَّ - للملزم - مِنَ الحُجَّةِ، حتى يثبت بها كونه ملزمًا، والحجة هي البينة.

قوله: وَبِخِلَافِ رَسُولِ القَاضِي إِلَى المُزَكِّي، أي: يكون معتبَرًا بغير بينة، وإنما قيَّد **بقوله:** إِلَى المُزَكِّي؛ لأنَّ رسول القاضي إلى القاضي غير معتبر أصلًا في حق لزوم القضاء عليه، لا بالبينة ولا بغير البينة، وإليه أشار في «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّ الإِلْزَامَ بِالشَّهَادَةِ لا بِالتَّزْكِيَةِ، وإنما التزكية لنوع رجحان الصدق، والدليل على أن القضاء مضاف إلى شهادة الشهود لا إلى التزكية أنه لو قضى القاضي بالشهادة بدون التزكية صحَّ قضاؤه، وبهذا يقع الفرق أيضًا بين كتاب القاضي، وبين كتاب ملك أهل الحرب إذا طلب الأمان فيه، فإنه مقبول بغير بيّنة حتى لو أمنه الإمام صح أمانه؛ لأنَّ كتاب ملك أهل

قَالَ: (وَيَجِبُ أَنْ يَقْرَأَ الكِتَابَ عَلَيْهِمْ لِيَعْرِفُوا مَا فِيهِ أَوْ يُعْلِمَهُمْ بِهِ) لِأَنَّهُ لا شَهَادَةَ

الحرب ليس بملزم؛ لأنَّ للإمام رأيًا في الأمان وتركه، كذا في «المغني».

فإن قلتَ: ما الفرق بين رسول القاضي وكتابه فالقياس يقتضي اتحادهما في الحكم إمَّا في القبول، أو في الرد، أمَّا اتحادهما في القبول كما في البيع، فإن البيع كما ينعقد بالكتاب فكذلك ينعقد بالرسول على ما مرَّ في صدر كتاب البيوع، وأمَّا اتحادهما في الرد فإن القياس كما كان يأبى جواز كتاب القاضي إلى القاضي على ما مرَّ في أول هذا الباب، فكذلك يأبى جواز رسول القاضي إلى القاضي، فمن أين وقع الفرق بينهما حتى قبل كتابُ القاضي إلى القاضي ورُدّ رسوله إليه؟

قلتُ: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن في جواز كتاب القاضي إلى القاضي وردَ الأثر، وإجماع التابعين عليه، ولم يرد مثل ذلك في الرسول فعمل فيه بالقياس.

والثاني: أن الكتاب من القاضي الكاتب جعل كالخطاب بنفسه للقاضي المكتوب إليه، والكتاب وجد من موضع القضاء فكان الخطابُ موجودًا أيضًا من موضع القضاء فيكون حجة، وأمَّا الرسول فعند أداء الرسالة كأنَّ ذلك مرسلٌ حضر في هذا الموضع مبلغه، ألا ترى أن مخيّر تزويج الولي في تزويج ابنته البالغة لو كان فضوليًّا يشترط فيه العدد أو العدالة على قول أبي حنيفة رضي الله عنه، ولو كان رسولًا لا يشترط بالإجماع؛ لقيامه مقام المرسل وقت التبليغ، فلمَّا كان هذا من الرسول بمنزلة خطاب المرسل في هذا الموضع، والمرسلُ في هذا الموضع ليس بقاض، وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا، فلذلك لم يقبل قول رسول القاضي وقبل كتابه، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

قوله: وَيَجِبُ أَنْ يَقْرَأَ الكِتَابَ عَلَيْهِمْ - أي: ويجب على القاضي الكاتب أن يقرأ كتابه الذي كتب إلى قاضي آخر على الشهود الذين أشهدهم على كتابة الكتاب وعلى ما فيه - لِيَعْرِفُوا مَا فِيهِ أَوْ يُعْلِمَهُمْ بِهِ، أي: بما فيه، يعني: أن علم الشاهد بما في الكتاب شرط عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وحصول العلم لهم بطريقين: إمَّا بالقراءة عليهم، أو بالإخبار

بِدُونِ العِلْمِ (ثُمَّ يَخْتِمُهُ بِحَضْرَتِهِمْ وَيُسَلِّمُهُ إِلَيْهِمْ) كَيْ لا يُتَوَهَّمَ التَّغْيِيرُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، لِأَنَّ عِلْمَ مَا فِي الكِتَابِ وَالخَتْمِ بِحَضْرَتِهِمْ شَرْطٌ، وَكَذَا حِفْظُ مَا فِي الكِتَابِ عِنْدَهُمَا وَلِهَذَا يُدْفَعُ إِلَيْهِمْ كِتَابٌ آخَرُ غَيْرُ مَخْتُومٍ لِيَكُونَ مَعَهُمْ

بمضمون ما في الكتاب.

قوله: ثُمَّ يَخْتِمُهُ بِحَضْرَتِهِمْ؛ لأنَّه يشترط عندهما أن يشهدوا عند المكتوب إليه أن القاضي الكاتب ختمَ الكتاب بحضرتهم، وإنما يمكنهم الشهادة على ذلك إذا ختم بحضرتِهم.

وحاصله أنه يشترط عندهما في كتاب القاضي إلى القاضي أشياء:

أحدها: أن يقرأ عليهم الكتاب، أو يخبرهم بما في الكتاب، والثاني: أن يختم بحضرتِهم، والثالث: أن يحفظوا ما في الكتاب حتى لو عدم شيء من هذه الأشياء لا تقبل، وأشياء أخر، وعند أبي يوسف الآخر شيء من هذه الأشياء ليس بشرط، بل إذا أشهدهم القاضي أن هذا كتابه وخاتمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب إليه كفى، كذا في «الذخيرة»، و« أدب القاضي» للصدر الشهيد رحمه الله.

قوله: وَيُسَلِّمُهُ إِلَيْهِمْ، أي: إلى الشهود، وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدَّعي وهو قول أبي يوسف رحمه الله، وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمَّة الحلوانِي رحمه الله، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يسلم المكتوب إلى الشهود، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

قوله: وَكَذَا حِفْظُ مَا فِي الكِتَابِ عِنْدَهُمَا شرط، وأجمعوا في الصكِّ أن الإشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب، فاحفظ هذه المسألة فإن الناس اعتادوا بخلاف ذلك؛ فإنهم يشهدون على ما في الصكِّ من غير قراءة الحدود وغير ذلك، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله محالًا إلى نكاح «مختلفات القاضي المغني».

فما قاله أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله احتياط، وما قاله أبو يوسف رحمه الله توسع، ثم قال: وكذلك يشترط عند أبي حنيفة رحمه الله أن يحفظ الشهود شهادتهم بما في الكتاب

مُعَاوَنَةٌ عَلَى حِفْظِهِمْ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - آخِرًا: شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لَيْسَ

من وقت التحمل إلى وقت الأداء، ولكن هذا شرط لا يختص بكتاب القاضي، بل في جميع الشهادات يُشترط حفظ الشاهد شهادتَه من وقت التحمل إلى وقت الأداء عند أبي حنيفة رحمه الله، كذا في «الذخيرة».

ومن شرائط الكتاب أيضاً على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن يكون الكتاب معنوناً بأن يكتب فيه: هذا كتابٌ من فلان بن فلان القاضي، حتى أنه إذا لم يكتب فيه ذلك وإنما كتب فيه: عافانا الله وإيَّاك، فالقاضي المكتوب إليه لا يقبله، وعند أبي يوسف رحمه الله العنوان ليس بشرط إنَّما الشرط أن يشهد الشهود أن هذا كتاب القاضي فلان إليك وختمه.

ثم إذا كان العنوان شرطاً عندهما فنقول: إن كان العنوان في الباطن وعلى الظاهر فالقاضي المكتوب إليه يعمل به، والاعتماد على العنوان الباطن دون الظاهر، حتى لو ترك العنوان الظاهر واكتفى بالعنوان الباطن جاز، وعلى العكس لا يجوز؛ لأن العنوان الظاهر يُخاف عليه التزوير والتغيير، ويكتب الأسماء والأنساب في العنوانين جميعاً، فإن ترك ذلك في العنوان الباطن لا يصح.

وصورة العنوان الباطن في زماننا أن يكتب قبل كتابة التسمية من جانب اليسار: من فلان بن فلان بن فلان قاضي بلد كذا، ويكتب في جانب اليمين فوق كتابة التسمية: باسم الله الملك الحق المبين، ونحو ذلك إلى القاضي الإمام فلان بن فلان بن فلان قاضي بلد كذا، وإلى كل من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم أدام الله تعالى توفيقه وتوفيقهم، فإن كتب: إلى قاضي بلد كذا، ولم يكن في البلدة إلا قاض واحد قال الشيخ الإمام علي بن محمد البزدوي: يصح ذلك، وإن كان في البلدة قاضيان لا يصح.

ثم يكتب على ظهر الكتاب من قِبَل اليسار على الصَّدر: من فلان بن فلان بن فلان قاضي بلدة كذا ونواحيها، ويكتب على الظَّهر من قبل اليمين: بسم الله الملك الحق المبين إلى قاضي بلدة كذا فلان بن فلان بن فلان، وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم أدام الله تعالى توفيقه وتوفيقهم، ثم يكتب بعد التسمية: كتابي أطال الله بقاء فلان

بِشَرْطٍ، وَالشَّرْطُ أَنْ يُشْهِدَهُمْ أَنَّ هَذَا كِتَابُهُ وَخَتْمُهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الخَتْمَ

القاضي، إلى آخره كما هو الرسم في الكتاب، ثم يكتب أمَّا بعد.

ثم إذا كان القاضي يعرف المدَّعي بوجهه واسمه ونسبه يكتب في كتابه: حضر مجلس قضائي في بلدة كذا وأنا مقيم بها نافذًا لقضاء من قبل فلان بن فلان كما هو الرسم، فلان بن فلان بن فلان الفلانِي ويذكر حليته، وإن كان القاضي لا يعرفه وهو يقول: أنا فلان بن فلان بن فلان يسأل عنه البينة ويذكر في كتابه: حضر رجل يزعم أنه فلان بن فلان بن فلان ولم أعرفه فسألتُ عنه البينة، ويذكر أسماء الشهود وأنسابهم وحلاهم ومساكنهم إن كتب ذلك كان أَوْلَى، وإن لم يذكر أساميهم وأنسابهم واكتفى بقوله فأقام شهودًا عدولًا عرفتُهم بالعدالة، أو سألت عنهم فعُدلوا وعُرّفوا بالعدالة جاز ذلك.

ثم يكتب فشهدوا أنه فلان بن فلان ويستقصَى في تعريفه فإن ذكر قبيلته مع ذلك كان أبلغ، وإن ترك ذلك لا يضرّ، فإن ذكر اسمَه واسمَ أبيه ولم يذكر جدَّه لا يتم به التعريف في قول أبي حنيفة رحمه الله، ويتم في قول صاحبيه، وكذا لو ذكر اسمه واسم أبيه ولم يذكر الجد ونسبه إلى القبيلة أو إلى الصِّناعة المعروفة كان على الاختلاف، وإن ذكر اسمه ولم يذكر اسم الأب لكن نسبه إلى قبيلته أو فخذه فقال قاض: التميمي، أو ما أشبه ذلك لا يكون تعريفـًا في قولهم.

ثم يكتب: من غير خصم أحضره، ولا نائب عن خصم حضر معه، وادَّعى أنَّ له دارًا في بلدة كذا، في محلة كذا، حدودها كذا، في يد رجل يقال له فلان بن فلان، يعرف المدعى عليه على وجه التَّمام، وإن كان رجلًا مشهورًا لا يحتاج إلى هذا بل يكتب: فادَّعى على فلان بن فلان، ولا بُدَّ أن يذكر ادَّعى المدعي أنه غائب عن هذه البلدة مسيرة سفر؛ لأنَّ بين العلماء اختلافـًا في تقدير المسافة التي يجوز كتاب القاضي فيها، وكثير من مشايخنا قالوا: لا يجوز فيما دون مسيرة السفر كما في الشهادة على الشهادة.

ثم يكتب: وهو جاحد لدعوى المدعي هذا، وشهوده على صحة دعواه هاهنا وتعذر عليه الجمع بينه وبينهم، فسألنِي الاستماع إلى شهادتهم لأكتب بما صحَّ عندي من شهادتهم

لَيْسَ بِشَرْطٍ أَيْضًا فَسَهَّلَ فِي ذَلِكَ لَمَّا ٱبْتُلِيَ بِالقَضَاءِ وَلَيْسَ الخَبَرُ كَالمُعَايَنَةِ.

إلى القاضي فلان فأجبته إليه فأحضرهم وهم فلان وفلان، يكتب اسم كل واحد ونسبه وقبيلته وتجارته إن كان تاجرًا، ومسكنه ومصلَّاه وحليته بتمام التعريف، فشهد كل واحد من هؤلاء الشهود بعد دعوى المدعي هذا، والاستشهاد منهم شهادة مستقيمة متفقة اللفظ والمعنى، هكذا رُوي عن محمد رحمه الله.

قالوا: وينبغي أن لا يكتفى بهذا القدر بل يفسر الشهادة ويبيّنها فيكتب: أمَّا الأول فشهد بكذا ويفسر شهادته ويصححها، فإن كان المدعى به عقارًا يذكر موضعه وحدوده الأربعة، وإن كان غلامًا يذكر اسم العبد وحليته وصفته وحرفته، واسم المولى واسم أبيه وجده، وكذلك في الدين يذكر جنسه وقدره وصفته كما هو المعروف، فيكتب: شهدوا أن لفلان المدعي هذا على فلان بن فلان هذا الذي ذكر اسمه ونسبه في هذا الكتاب في دعوى المدعي هذا، كذا وكذا يذكر جنس الدين ونوعه وصفته، وجميع ما ذكرنا في الدعوى، فواجب على فلان هذا المدعى عليه الذي ذكر اسمه ونسبه في هذا الكتاب أداءُ هذا المال ليقبضه لنفسه.

وقد اختلف المتأخرون في أنه هل يشترط ذكر هذا؟ والصحيح أنه لا يشترط، ويشترط بيان سبب الدين لتكون الشهادة موافقة لدعوى المدَّعي ثم يكتب وشهد كل واحد من الباقين بمثل شهادته هذه، وأشار في جميع مواضع الإشارات ولا يكتب على مثل شهادته، ثم يكتب: فأتوا بالشهادة على وجهها وساقوها على سننها فسمعتُها وأثبتُّها في المحضر المخلَّد في ديوان الحكم، ثم بعد ذلك إن عرف القاضي الشهود أثبت ذلك في الكتاب: وهم معروفون عندي بالعدالة والرضا، وإن لم يعرفهم سأل المزكي عن حالهم، الواحد يكفي والاثنان أحوط، فإن أثنوا عليهم بالعدالة يكتب: ورجعتُ في التعريف عن حالهم إلى من إليه التزكية والتعديل، وهم فلان بن فلان وفلان بن فلان، فنسباهم إلى العدالة والرِّضا وقبول القول، ثم القاضي الكاتب بعد ما ظهرت عنده عدالة الشهود الذين شهدوا عنده بالحق للمدَّعي يحلف المدعي بالله: ما قبضتُ هذا المال منه، ولا نعلم أن رسولك أو وكيلك قبض منه، أمَّا أصل الاستحلاف مع أنه ليس أحد يدعي عليه شيئًا؛ لأنَّ القاضي نُصب ناظرًا لكل من عجز

وَاخْتَارَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

عن النظر لنفسه بنفسه، والغائب عاجز عن النظر لنفسه بنفسه فينظر له القاضي.

وإذا كتب الكتاب على هذه الصفة التي ذكرنا يكتب في آخر الكتاب: يقول القاضي فلان بن فلان قاضي بلد كذا: كُتِب هذا الكتاب عنِّي بأمري، إن كان كتب الكتاب غيره وجرى الأمر على ما بين فيه منِّي وعندي وهو كما كُتب فيه، وهو معنون بعنوانين، عنوانٍ على ظاهره وعنوان في باطنه، وهو مختوم بخاتمي ونقش خاتمي كذا، وهو مكتوب على ثلاثة أنصاف من الكاغد، وهو موقع بتوقيع وتوقيعي كذا كتبتُ التوقيع على صدره، وأشهدت عليه شهودًا وهم فلان بن فلان وفلان بن فلان بن فلان، يذكر أسمائهم وأنسابهم وحلاهم، وقرأتُ الكتاب عليهم وأعلمتهم بما فيه وختمت الكتاب بمحضر منهم وأشهدتهم على جميع ذلك، وكتبت هذه الأسطر في آخره وهي كذا خطًّا بخطي في تاريخ كذا، ولا يكتب في آخر الكتاب إن شاء الله، وينبغي أن يكتب بنسختين نسخة في يد المدعي مختومًا، وتلك النسخة من غير زيادة ولا نقصان، ونسخة أخرى في يد الشهود؛ لأنَّ الشهادة بما في الكتاب شرط عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، كذا في «فتاوى قاضي خان»، و«المغني».

هذا الذي ذكره كله كان في جانب القاضي الكاتب، ثم شرع في بيان أحكام القاضي المكتوب إليه فقال: **وَإِذَا وَصَلَ إِلَى القَاضِي لَمْ يَقْبَلْهُ إِلَا بِحَضْرَةِ الخَصْمِ**، وفي بعض النسخ: لم يفتكه، ولكن الأول أوفق لروايات الكتب، فقال في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله:

وإذا جاء المدعي بالكتاب إلى القاضي المكتوب إليه فإن القاضي لا يأخذ الكتاب من غير محضر من الخصم، فإذا أحضر خصمه وذكر دعواه إن أقرَّ الخصم بذلك استغنى عن الكتاب، وإن جحد فالقاضي يقول له: لا بدَّ لك من حجة، فإن قال: معي كتاب القاضي إليك، قال أبو يوسف رحمه الله: فالقاضي المكتوب إليه يأخذ الكتاب من غير بيِّنة، وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يأخذ قبل البينة، فإذا شهد الشهود أنه كتاب القاضي فلان بن فلان إليك وهو مختوم بخاتمه فحينئذٍ يقبل الكتاب، ولا يفتح حتى يسأل القاضي من الشهود في قول أبي حنيفة رضي الله عنه عمَّا في الكتاب ويقول: هل قرأ عليكم وهل ختم بحضرتكم؟ فإن قالوا: لا، أو قالوا: قرأ علينا ولم يختم بحضرتنا، أو على العكس، لا يأخذ الكتاب،

قَالَ: (وَإِذَا وَصَلَ إِلَى القَاضِي لَمْ يَقْبَلْهُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الخَصْمِ) لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِ، بِخِلَافِ سَمَاعِ القَاضِي الكَاتِبَ لِأَنَّهُ لِلنَّقْلِ لا لِلْحُكْمِ.

قَالَ: (فَإِذَا سَلَّمَهُ الشُّهُودُ إِلَيْهِ نَظَرَ إِلَى خَتْمِهِ، فَإِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُ فُلَانٍ القَاضِي سَلَّمَهُ إِلَيْنَا فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَرَأَهُ عَلَيْنَا وَخَتَمَهُ فَتَحَهُ القَاضِي وَقَرَأَهُ عَلَى الخَصْمِ وَأَلْزَمَهُ مَا فِيهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ

وإن قالوا: نعم قرأ علينا وختم بحضرتنا وأشهدنا، يفتح الكتاب ولا يكتفى بقولهم: ختم عندنا وبمشهدنا، وإذا فتح الكتاب ينظر في الكتاب فإن كانت شهادتهم مخالفة لما في الكتاب ردَّه، وإن كانت موافقة إن كان القاضي الكاتب كتب في كتابه عدالة الشهود، أو عرفهم القاضي المكتوب إليه بالعدالة، قضى على الخصم بالحق، وإن لم يكن ذلك سأل القاضي عن عدالة الشهود فإن عدّلوا قضى بشهادتهم.

وذكر في «الذخيرة»: ولا ينبغي للمكتوب إليه أن يقبل البينة على أنه كتاب القاضي إلا ومعه خصم، ولو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز، فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب.

قوله: لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ، أي: بمنزلة أداء شهادة الشهود؛ فإنه ذكر في «المبسوط»: ولا يفتح الكتاب إلا بمحضر الخصم؛ لأنَّ ذلك في معنى الشهادة على الشهادة، فإن الكاتب ينقل ألفاظ الشهود بكتابه إلى القاضي المكتوب إليه، كما أن شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الأصل بعبارته، ثم لا يسمع الشهادة على الشهادة إلا بمحضر من الخصم، فكذلك لا يفتح الكتاب إلا بمحضر من الخصم.

قوله: بِخِلَافِ سَمَاعِ القَاضِي الكَاتِبَ، أي: فإنه يسمع شهادة شهود المدعي مع أنَّ الخصم وهو المدعى عليه ليس بحاضر؛ لما أن سماعه تلك الشهادة لا للحكم بل للنقل، فكان سماع تلك الشهادة بمنزلة تحمل الفروع شهادة الأصول؛ لما ذكر في «المبسوط»: وفي تحمل شهادة الأصول لم يشترط حضور الخصم فكذا هاهنا.

اللهُ -: إذَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُهُ وَخَاتَمُهُ قَبِلَهُ عَلَى مَا مَرَّ، وَلَمْ يُشْتَرَطْ فِي الكِتَابِ ظُهُورُ العَدَالَةِ لِلْفَتْحِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَفُضُّ الكِتَابَ بَعْدَ ثُبُوتِ العَدَالَةِ، كَذَا ذَكَرَهُ الخَصَّافُ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ رُبَّمَا يُحتَاجُ إِلَى زِيَادَةِ الشُّهُودِ وَإِنَّمَا يُمْكِنُهُمْ أَدَاءُ الشَّهَادَةِ بَعْدَ

قوله: وَلَمْ يُشْتَرَطْ فِي الكِتَابِ ظُهُورُ العَدَالَةِ لِلْفَتْحِ، حيث قال: فَإِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُ فُلَانٍ القَاضِي سَلَّمَهُ إِلَيْنَا فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ، إلى أن قال: فَتَحَهُ القَاضِي، ولم يقل: فإذا شهدوا وعدلوا، فعُلِم بهذا أنه لم يشترط العدالة للفتح.

قوله: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَفُضُّ الكِتَابَ بَعْدَ ثُبُوتِ العَدَالَةِ، هذا احتراز عن الرواية الأولى التي لم يشترط عدالة الشهود فيها للفتح، لكن هذا الذي اختاره بأنه يفضّ الكتاب بعد ثبوت العدالة موافق لرواية «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد، ومخالف لما اختاره في «المغني» حيث قال فيه:

وذكر الخصاف رحمه الله في «أدب القاضي»: أن القاضي لا يفتح الكتاب قبل ظهور عدالة الشهود، ثم قال: وما قاله محمد أصح، أي: يجوز الفتح عند شهادة الشهود مطلقاً بأن هذا كتاب القاضي وختمه من غير تعرض لعدالة الشهود، فوجه ما ذكر من الصحة في الكتاب بأن عدالة الشهود شرط لفضّ الكتاب، هو ما ذكر في «أدب القاضي» للصدر الشهيد فقال: إذا لم يعرف القاضي الشهودَ بالعدالة لم يفضّ الكتاب؛ لأنَّ العدالة متى لم تظهر يحتاج المدعي إلى أن يزيد في شهوده، وإنَّما يمكنه أن يزيد إذا لم يفض القاضي الكتاب لشهدوا أن هذا خاتم القاضي، فإن عدلوا فضّ الكتاب بمحضر من الطالب والمطلوب والشهود، ثم قال: شرط حضرة الشهود لفض الكتاب، وهذا ليس بشرط لازم لا محالة لكنه احتياط، حتى تقابل شهادة الشهود بما في الكتاب فينظر هل وافق أم لا؟ لا أن يكون شرطاً لازمًا، وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكتاب على القضاء، حتى لو مات أو عزل قبل وصول الكتاب لا يقبل فبطل كتابه، كشاهد الأصل إذا ماتَ قبل أن يشهد الفرع على شهادة الأصل، وكذلك يشترط حياة المكتوب إليه؛ لأنَّ القاضي الكاتب طلب الحكم من المكتوب إليه وذلك

قِيَامِ الخَتْمِ، وَإِنَّمَا يَقْبَلُهُ المَكْتُوبُ إِلَيْهِ إِذَا كَانَ الكَاتِبُ عَلَى القَضَاءِ، حَتَّى لَوْ مَاتَ أَوْ عُزِلَ أَوْ لَمْ يَبْقَ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ قَبْلَ وُصُولِ الكِتَابِ لا يَقْبَلُهُ لِأَنَّهُ التَحَقَ بِوَاحِدٍ مِنَ الرَّعَايَا، وَلِهَذَا لا يُقْبَلُ إِخْبَارُهُ قَاضِيًا آخَرَ فِي غَيْرِ عَمَلِهِ أَوْ فِي غَيْرِ عَمَلِهِمَا، وَكَذَا لَوْ مَاتَ المَكْتُوبُ إِلَيْهِ إِلَّا إِذَا كَتَبَ إِلَى فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ قَاضِي بَلْدَةِ كَذَا وَإِلَى كُلِّ

لا يتصور بعد موته وعزله، كذا في «فتاوى قاضي خان».

وذكر في «الذخيرة»: وإذا مات القاضي الكاتب قبل أن يصل الكتاب إلى المكتوب إليه لا يعمل بهذا الكتاب عندنا، وقال أبو يوسف رحمه الله في «الأمالي»: يعمل، وهو قول الشافعي رحمه الله، ووجهه أن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة؛ لأنَّه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق إلى القاضي المكتوب إليه، والنقل قد تمَّ بالكتابة فكان بمنزلة شهود الفروع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء وإنه لا يمنع القضاء.

ولنا أن القاضي الكاتب وإن كان ينقل شهادة الذين شهدوا عنده، إلا أن لهذا النقل حكم القضاء، ألا ترى أنه لا يصح هذا النقل إلا من القاضي ولم يشترط فيه العدد، ولفظة الشهادة، ووجب على القاضي الكاتب هذا النقل لسماع البينة، وما يجب على القاضي لسماع البينة قضاء، فدلَّ أن لهذا النقل حكم القضاء ولم يتم بعد؛ لأنَّ تمامه بوجوب القضاء على المكتوب إليه، ولا يجب القضاء على المكتوب إليه قبل وصول الكتاب إليه وقبل قرائته، فلم يكن النقل تامًّا فيبطل بموت القاضي، كما في سائر الأقضية إذا مات القاضي قبل إتمامها، ولو قبله مع هذا وقضى به ثم رفع إلى قاضي آخر أمضاه؛ لأن قضاه صادف محلًّا فيه محال الاجتهاد.

وكذلك الجواب فيما إذا ماتَ بعد وصول الكتاب إليه قبل القراءة؛ لأنَّ وجوب القضاء على المكتوب إليه إنما يكون عند القراءة، فقبل القراءة لم يكن النقل تامًّا فيبطل بالموت، فأمَّا إذا ماتَ بعد وصول الكتاب والقراءة فإن المكتوب إليه يعمل به، هكذا ذكره في ظاهر الرواية.

قوله: وَكَذَا لَوْ مَاتَ المَكْتُوبُ إِلَيْهِ، أي: لا يقبل كتاب القاضي فيه أيضًا بل يبطل

مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنْ قُضَاةِ المُسْلِمِينَ لِأَنَّ غَيْرَهُ صَارَ تَبَعًا لَهُ وَهُوَ مُعَرَّفٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَتَبَ ابْتِدَاءً إِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ عَلَى مَا عَلَيْهِ مَشَايِخُنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ - لِأَنَّهُ غَيْرُ مُعَرَّفٍ، وَلَوْ كَانَ مَاتَ الخَصْمُ يَنْفُذُ الكِتَابُ عَلَى وَارِثِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ.

(وَلَا يُقْبَلُ كِتَابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ) لِأَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ البَدَلِيَّةِ فَصَارَ كَالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَلِأَنَّ مَبْنَاهُمَا عَلَى الإِسْقَاطِ وَفِي قَبُولِهِ سَعْيٌ فِي إِثْبَاتِهِمَا.

حكمه، وقال الشافعي رحمه الله: يعمل به من كان قائمًا مقام ذلك القاضي المكتوب إليه، كما لو قال: وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، وإنا نقول: إن القاضي الكاتب اعتمد على علم الأول وأمانته، والقضاة يتفاوتون في أداء الأمانة؛ لأنَّهم غير معصومين عن الخيانة فصاروا كالأُمناء في الأموال، فهناك يصح التعيين فكذا هاهنا، بخلاف ما إذا كان في الكتاب: وأمَّا كل من يصل إليه من قضاة المسلمين؛ لأنَّ هناك اعتمد على عمل الكل وأمانتهم فكان الكل مكتوبًا إليهم.

ثم اعلم أن هاهنا مسألة أخرى وهي: أنه إذا كتب القاضي الكاتب ابتداءً: من فلان بن فلان قاضي بلد كذا إلى كل من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم، فذلك لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله، وأمَّا في قول أبي يوسف رحمه الله يجوز، والظاهر أن محمدًا مع أبي حنيفة رحمهما الله، وأبو يوسف توسع حتى ابتلي بالقضاء، واستحسن في كثير من المسائل تسهيلًا للأمر على الناس من جملتها هذه المسألة، كما لو قال ذلك بعد ذكر القاضي المعين، وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بالاحتياط، فإن إعلام الكاتب والمكتوب إليه شرط صحة الكتاب بالاتفاق، وتمام الإعلام لا يحصل بهذا العقد، بخلاف ما إذا عين قاضيًا وعرفه ثم كتب: وإلى كل من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين؛ لأنَّه لمَّا عرف الأول صحت كتابة القاضي إليه فيجعل المضموم إليه تبعًا، ويجوز أن يصح الشيء تبعًا وإن كان لا يصح مقصودًا، وله نظائر كثيرة، كذا في «الذخيرة».

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَتَبَ ابْتِدَاءً إِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ، أي: لا يصح هذا الكتاب عند أبي حنيفة خلافًا لأبي يوسف رحمهما الله على ما ذكرناه، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ آخَرُ)

(وَيَجُوزُ قَضَاءُ المَرْأَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ) اعْتِبَارًا بِشَهَادَتِهَا. وَقَدْ مَرَّ الوَجْهُ. (وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَخْلِفَ عَلَى القَضَاءِ إِلَّا أَنْ يُفَوَّضَ إِلَيْهِ ذَلِكَ) لِأَنَّهُ قُلِّدَ القَضَاءَ دُونَ التَّقْلِيدِ بِهِ فَصَارَ كَتَوْكِيلِ الوَكِيلِ، بِخِلَافِ المَأْمُورِ بِإِقَامَةِ الجُمُعَةِ حَيْثُ يَسْتَخْلِفُ لِأَنَّهُ عَلَى شَرَفِ الفَوَاتِ لِتَوَقُّتِهِ فَكَانَ الأَمْرُ بِهِ إِذْنًا

فصلٌ آخر

قد ذكرنا أن كتاب القاضي إذا كان سجّلًا اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب إليه إمضاؤه إذا كان في محل مجتهد فيه، بخلاف الكتاب الحكمي فإن الرأي له في التنفيذ والرد فلذلك احتاج إلى بيان تعداد محال الاجتهاد بذكر أصل يجمعها، وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به.

قوله: وَقَدْ مَرَّ الوَجْهُ، وهو قوله: لِأَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ البَدَلِيَّةِ، إلى آخره.

قوله: لِأَنَّهُ قُلِّدَ القَضَاءَ دُونَ التَّقْلِيدِ بِهِ، أي: بالقضاء.

قوله: بِخِلَافِ المَأْمُورِ بِإِقَامَةِ الجُمُعَةِ حَيْثُ يَسْتَخْلِفُ؛ لِأَنَّهُ - أي: لأنَّ أداء الجمعة - عَلَى شَرَفِ الفَوَاتِ لِتَوَقُّتِهِ، ولكن استخلاف الإمام غيره في الجمعة إنما يجوز أن لو كان ذلك الغير المأمور سمع الخطبة، وأمّا إذا لم يكن المأمور شهد الخطبة لم يجز له أن يصلي بهم الجمعة؛ لأنَّ الخطبة من شرائط افتتاح الجمعة، وإذا لم يستجمع شرائطها لم يجز له افتتاحها كالأول.

بِالِاسْتِخْلَافِ دَلَالَةً وَلَا كَذَلِكَ الْقَضَاءُ. وَلَوْ قَضَى الثَّانِي بِمَحْضَرٍ مِنَ الْأَوَّلِ أَوْ قَضَى الثَّانِي فَأَجَازَ الْأَوَّلُ جَازَ كَمَا فِي الْوَكَالَةِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ حَضَرَهُ رَأْيُ الْأَوَّلِ وَهُوَ الشَّرْطُ، وَإِذَا فُوِّضَ إِلَيْهِ يَمْلِكُهُ فَيَصِيرُ الثَّانِي نَائِبًا عَنِ الْأَصِيلِ حَتَّى لَا يَمْلِكَ الْأَوَّلُ

فإن قلتَ: يشكل هذا بما لو افتتح الأول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز.

قلتُ: لأنَّ هناك الثاني بانٍ وليس بمفتتح والخطبة من شرائط الافتتاح، وقد وجد ذلك في حق الأصل ويغني عن اعتباره في حق التبع؛ لما أن التحريمة واحدة.

فإن قيل: لو أفسد الثاني صلاته ثم افتتح بِهِم الجمعة جاز أيضًا وهو مفتتح في هذه الحالة.

قلنا: نعم ولكن لمَّا صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للأول التحق بمن شهد الخطبة حكماً، فلهذا جاز له افتتاحها بعد الإفساد.

قوله: وَلَا كَذَلِكَ الْقَضَاءُ؛ لأنَّ القضا غير مؤقت لا يفوت بتأخيره عند العذر، والجمعة مؤقتة يفوت بتأخيرها عند العذر إذا لم يستخلف، ومن ولَّاه لمَّا أقرَّه بذلك مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أدائها في الوقت فقد صار راضيًا باستخلافه، هذا كله من صلاة «المبسوط».

قوله: أَوْ قَضَى الثَّانِي، عند غيبة الأول.

قوله: وَإِذَا فُوِّضَ إِلَيْهِ يَمْلِكُهُ، أي: إذا فوّض القضاء إلى القاضي يملك القاضي الاستخلاف حينئذٍ، وهو أن يقول الخليفة للقاضي: ولِّ من شئتَ، كان له أن يولّي غيره ويكون الثاني قاضيًا من جهة الخليفة لا من جهة القاضي، حتى لا يملك القاضي الأول عزله إلا أن يقول له الخليفة: ولِّ من شئتَ واستبدل من شئتَ، فحينئذٍ يملك عزل الثاني.

وإنما كان هكذا؛ لأنَّ القاضي إنما يتصرف عن تقليد وتفويض، والخليفة إنما رضي بتصرفه لديانته وأمانته والناس يتفاوتون في ذلك، ولهذا قلنا: إن الوكيل لا يملك التوكيل، ولا يلزم على ما ذكرنا الوصي فإنه يملك التفويض إلى غيره توكيلًا.

عَزْلَهُ إِلَّا إِذَا فُوِّضَ إِلَيْهِ العَزْلَ هُوَ الصَّحِيحُ.

قَالَ: (وَإِذَا رُفِعَ إِلَى القَاضِي حُكْمُ حَاكِمٍ أَمْضَاهُ إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ الكِتَابَ أَوِ السُّنَّةَ

وأيضًا لأنَّا نقول: إن أوان وجوب الوصاية ما بعد الموت، وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية لا يمكنه الرجوع إلى الموصي، فيكون الموصي راضيًا باستعانته من غيره.

فإن قيل: ما الفرق بين التقليد والتفويض فإن القاضي يملك التفويض أعنِي به التوكيل والإيصاء ولا يملك تقليد القضاء، وما ذكر من التعليل لا يفصل بينهما، قلنا: في الفرق بينهما أن القاضي يفعل ما لا يفعل الوكيل والوصي فيكون توقع الفساد في القضاء أكثر، فإن كان القاضي استخلف رجلًا مع أن الخليفة لم يولّه وحكم بين الناس وأجاز القاضي أحكامه ننظر إن كان المستخلَف يصلح أن يكون قاضيًا يجوز إجازته، وإلا فلا.

فإن قيل: الإجازة في الابتداء كالإذن في الانتهاء، وإنه لا يملك الإذن في الابتداء فلماذا يملكه في الانتهاء؟

قلنا: تجوز الإجازة في الانتهاء ولا تجوز في الابتداء، فإن الوكيل بالبيع لا يملك التوكيل به ويملك إجازة بيع باعه الفضوليّ، والمعنى فيه أن الموكل رضي بتصرف حضرة رأي الوكيل وقت نفوذ التصرف، والبيع الذي أجازه الوكيل تصرف حضرة رأي الوكيل وقت نفوذه، وأمَّا البيع الذي أذن له الوكيل بمباشرته بيع لم يحضره رأي الوكيل وقت نفوذه، وهاهنا أيضًا الخليفة رضي بقضاء حضرة رأي القاضي وقت نفوذه، والحكم الذي أجازه القاضي قضاء حضرة رأي القاضي وقت نفوذه، أمَّا الحكم الذي أذن له القاضي به في الابتداء قضاء لم يحضره رأي القاضي وقت نفوذه، فلهذا عملت إجازة القاضي في الانتهاء ولم يعمل إذنه في الابتداء، كذا في «الذخيرة»، و«الفوائد الظهيريَّة»، و«الجامع الصَّغير» لقاضي خان.

قوله: إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ الكِتَابَ - كالحكم بحل متروك التسمية عامدًا، والحكم بشاهد ويمين - **أَوِ السُّنَّةَ** - والمراد من السنة السنة المشهورة على ما ذكر بعد هذا في الكتاب، والحكم بخلافها مردود، وذلك كالحكم بحل المطلقة ثلاثـًا للزوج الأول بمجرد النكاح

أَوِ الإِجْمَاعَ بِأَنْ يَكُونَ قَوْلًا لا دَلِيلَ عَلَيْهِ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ الفُقَهَاءُ فَقَضَى بِهِ القَاضِي ثُمَّ جَاءَ قَاضٍ آخَرُ يَرَى غَيْرَ ذَلِكَ أَمْضَاهُ) وَالأَصْلُ أَنَّ القَضَاءَ مَتَى لاقَى فَصْلًا مُجْتَهَدًا فِيهِ يُنْفِذُهُ وَلا يَرُدُّهُ غَيْرُهُ، لِأَنَّ اجْتِهَادَ الثَّانِي كَاجْتِهَادِ الأَوَّلِ، وَقَدْ يُرَجَّحُ الأَوَّلُ بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهِ فَلَا يُنْقَضُ بِمَا هُوَ دُونَهُ.

قبل إصابة الزوج الثاني، فإن اشتراط الدخول ثابت فيه بالحديث - أَوِ الإِجْمَاعَ، كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهدات على ما يجيء.

قوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ الفُقَهَاءُ فَقَضَى بِهِ القَاضِي ثُمَّ جَاءَ قَاضٍ آخَرُ يَرَى غَيْرَ ذَلِكَ أَمْضَاهُ، وإنما ذكر رواية «الجامع الصَّغير» بهذا اللفظ المذكور؛ لأنَّ فيه فائدتين:

إحداهما: أنه قيَّد فيه بالفقهاء؛ لأنَّ القاضي إذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد فعلى قول العامة لا يجب على الثاني تنفيذه، هكذا ذكر في «فصول الأستروشني» مُحالًا إلى «المحيط»، و«الذخيرة» فقال:

وإذا قضى القاضي في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: ينفذ قضاؤه، وعامتهم على أنه لا يجوز، وإنما ينفذ إذا علم بكونه مجتهدًا فيه، وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: هذا هو ظاهر المذهب.

والثانية: أنه قيَّد فيه **بقوله: يَرَى غَيْرَ ذَلِكَ**، ففي رواية القدوري لم يتعرض لذلك فكان يحتمل أن يحمل **قوله: أَمْضَاهُ**، فيما إذا كان رأي القاضي الثاني موافقـًا لحكم القاضي الأول، وأمَّا إذا كان مخالفـًا فلا يمضيه فأبانت رواية «الجامع الصَّغير» بأنَّ ذلك الإمضاء عام فيما سوى المستثنيات من مخالفة الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، سواء كان ذلك فيما يوافق رأيه أو يخالف رأيه فإنه ينفذ حكم القاضي الأول، فإنه لمَّا كان يمضي حكم القاضي الأول فيما يخالف رأيه الأول وتنفيذُه فيما كان يوافقه أَوْلَى.

قوله: وَقَدْ يُرَجَّحُ الأَوَّلُ بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهِ فَلَا يُنْقَضُ بِمَا هُوَ دُونَهُ؛ لأنه لا ينتقض

(وَلَوْ قَضَى فِي الْمُجْتَهَدِ فِيهِ مُخَالِفًا لِرَأْيِهِ نَاسِيًا لِمَذْهَبِهِ نَفَذَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَإِنْ كَانَ عَامِدًا فَفِيهِ رِوَايَتَانِ) وَوَجْهُ النَّفَاذِ أَنَّهُ لَيْسَ بِخَطَأٍ بِيَقِينٍ، وَعِنْدَهُمَا

الاجتهاد بالاجتهاد مع أنَّهما مثلان، فلأَن لا ينقض الأقوى باتصال القضاء بما هو دونه، أي: أدنى درجة منه وهو الذي لم يتصل به القضاء أوْلَى.

ولأنا لو قلنا: بأنه لا ينفذ قضاء الأول لا ينفذ قضا الثانِي أيضًا، وللثالث أن يبطل قضاء الثانِي فيؤدي إلى ما لا يتناهي، والذي يؤيد هذا هو ما رُوي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بقضية ثم رفع إليه مثل ذلك القضية فقضى بخلافه، فقيل له في ذلك فقال: تلك كما قضينا وهذه كما نقضيه ولم يبطل القضاء الأول، ورُوي عنه لمَّا شغله أشغال المسلمين فاستعان بزيد بن ثابت رضي الله عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه أحدَ الخصمين فقال: إن زيدًا قضى عليَّ يا أمير المؤمنين، فقال له عمر: لو كنت لقضيتُ لك، فقال: ما يمنعك يا أمير المؤمنين الساعة فاقض لي، فقال عمر: لو كان هنا نصّ آخر لقضيتُ لك ولكن هنا رأيٌ والرأي مشترك، أشار إلى ما قلنا، كذا في «الجامع الصَّغير» لقاضي خان.

قوله: فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، فوجه من قال بالنفاذ أنه ليس بخطأ بيقين؛ لأنَّ كل مجتهد لا يقطع القول بأن الصواب ما أدَّى إليه اجتهاده دون اجتهاد خصمه، بل الأمر محتمل عنده وإذا كان الأمر محتمل عنده يتعيّن الصواب في الجانب الذي يتصل به القضاء، حملًا لأمر القضاء على الصلاح فينفذ، ووجه قول من قال بعدم النفاذ أنه زعم فساد قضائه فتعامل في حقه بزعمه، هذا وجه الطرفين في نفاذ القضاء وعدم نفاذه.

وذكر الخلاف في بعض المواضع في حل الإقدام فيما إذا كان القضاء بخلاف رأي القاضي، فوجه قول من قال بالجواز أن القاضي أمر بالمشاورة ولو لم يجز له الأخذ برأي الغير إذا كان مخالفًا لرأيه لم يكن للأمر بالمشاورة فائدة، ووجه قول من قال بعدم الجواز قوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ﴾ [المائدة: ٤٩]، نهى القاضي عن اتباع هواء الغير، والأخذ برأي الغير إذا كان مخالفـًا لرأيه اتباع هوى الغير، كذا في «الذخيرة».

لا يَنفُذُ فِي الوَجْهَيْنِ لِأَنَّهُ قَضَى بِمَا هُوَ خَطأٌ عِنْدَهُ وَعَلَيْهِ الفَتْوَى، ثُمَّ المُجْتَهَدُ فِيهِ أَنْ لا يَكُونَ مُخَالِفًا لِمَا ذَكَرْنَا.

قوله: ثُمَّ المُجْتَهَدُ فِيهِ أَنْ لا يَكُونَ مُخَالِفًا لِمَا ذَكَرْنَا، وهو قوله: وَإِذَا رُفِعَ إِلَى القَاضِي حُكْمُ حَاكِمٍ أَمْضَاهُ إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ الكِتَابَ أَوِ السُّنَّةَ أَوِ الإِجْمَاعَ.

اعلم أن قضايا القضاة التي ترفع إلى القاضي لا تخلو من ثلاثة أوجه: إمَّا أن تكون جورًا تخالف الكتاب أو السنة أو إجماع العلماء، أو تكون في محل الاجتهاد اجتهد فيه العلماء والفقهاء، أو تكون قولًا مهجورًا.

ففي الوجه الأول: فالقاضي الذي يرفع إليه القضية ينقضها ولا تنفذها، حتى لو نفذها ثم رفع إلى قاضي آخر يعنِي ثالثاً فالثالث ينقضها؛ لأنَّه متى خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع كان باطلًا وضلالًا والباطل لا يجوز الاعتماد عليه، فعلى القاضي الثانِي أن ينقضها.

وفي الوجه الثانِي: إذا قضى بما يقول البعض وحكم بذلك ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك فإنه ينفذ هذه القضيَّة ويمضيها، حتى لو قضى ببطلانها ونقضها ثم رفع إلى قاض آخر فإن هذا القاضي الثالث ينقض قضاء القاضي الأول، ويبطل قضاء القاضي الثانِي؛ لأنَّ القضاء الأول كان في موضع الاجتهاد والقضاء في المجتهدات نافذ بالإجماع، فكان الثانِي بقضائه ببطلان الأول مخالفاً للإجماع، ومخالفة الإجماع ضلال فلا يجوز الاعتماد عليه، فعلى القاضي الثالث أن ينقضها وإن كان رأيه بخلاف ذلك، ويستقبل استقبالًا في الحوادث التي ترفع إليه.

وفي الوجه الثالث: ينقضها ولا ينفذها؛ لأنَّ القول المهجور ساقط الاعتبار في مقابلة الجمهور، وقوله لا يكون اختلافاً بل يكون خلافاً، فإنه لمَّا أجمع فقهاء الأمصار على شيءٍ فقول واحد خلاف قولهم يكون خلافاً ولا يكون اختلافاً، والقضاء ينفذ في موضع الاختلاف لا في موضع الخلاف، كذا ذكر في الباب الحادي والأربعين من «أدب القاضي» للصدر الشهيد رحمه الله.

وَالمُرَادُ بِالسُّنَّةِ المَشْهُورَةِ مِنْهَا وَفِيمَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الجُمْهُورُ لا يُعْتَبَرُ مُخَالَفَةُ البَعْضِ وَذَلِكَ خِلَافٌ وَلَيْسَ بِاخْتِلَافٍ،

قوله: وَالمُرَادُ بِالسُّنَّةِ المَشْهُورَةِ، فقوله: المَشْهُورَةِ، رفع على أنه خبر للمبتداء وهو قوله: وَالمُرَادُ.

قوله: وَفِيمَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الجُمْهُورُ لا يُعْتَبَرُ مُخَالَفَةُ البَعْضِ، يقال: جمهور الناس، أي: جُلّهم وأكثرهم، كذا في «المغرب».

يعني: أن الإجماع ينعقد باجتماع أكثر أهل الإجماع على حكم وإن كان الأقل منهم يخالفهم؛ لأن العبرة للأكثر.

فإن قلتَ: ففي نسخ أصول الفقه دليل على أن الإجماع لا ينعقد بمخالفة البعض، وإن كان ذلك المخالف واحدًا فإنَّهم اختلفوا في إجماع سبقهم فيه مخالف، قال بعضهم: هذا لا يكون إجماعًا؛ لأنَّ ذلك المخالف لو كان حيًّا في الحال لم ينعقد إجماع من سواه إجماعًا فكذلك إذا كان ميتًا؛ لأنَّ اعتبار قوله لدليله لا لحياته وبموته لا يبطل دليله، كذا في «التقويم» وغيره، وهذا نص منهم على أن الإجماع لا ينعقد إذا كان المخالف حيًّا وإن كان واحدًا؛ لما أن الفريق الآخر سوَّغوا لهذا الفريق حكمهم هذا حيث عللوا لإثبات مذهبهم بوجه آخر.

قلتُ: نعم كذلك لكن ذلك فيما إذا سوَّغوا له الاجتهاد في ذلك الحكم، وأمَّا إن لم يسوغوا له فلا اعتبار لمخالفته وما ذكر في الكتاب من ذلك القبيل، والدليل على ما ادعيتُ ما ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «أصول الفقه» بقوله: وكان الكرخي رحمه الله يقول: شرط الإجماع أن يجتمع علماء العصر كلهم على حكم، فأمَّا إذا اجتمع أكثرهم على شيءٍ وخالفهم واحد أو اثنان لم يثبت حكم الإجماع، وهذا قول الشافعي رحمه الله أيضًا؛ لأنَّ النبي صلَّى الله عليه وسلم قال: «أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم»، إلى أن قال: والأصح عندي ما أشار إليه أبوبكر الرازي رحمه الله: أن الواحد إذا خالف الجماعة فإن سوَّغوا له ذلك الاجتهاد لا يثبت حكم الإجماع بدون قوله، بمنزلة خلاف ابن عباس للصحابة رضي الله عنهم في زوج وأبوين أو امرأة وأبوين أن للأم ثلث جميع المال، وإن

لا يَنْفُذُ فِي الوَجْهَيْنِ لِأَنَّهُ قَضَى بِمَا هُوَ خَطأٌ عِنْدَهُ وَعَلَيْهِ الفَتْوَى، ثُمَّ المُجْتَهَدُ فِيهِ أَنْ لا يَكُونَ مُخَالِفًا لِمَا ذَكَرْنَا.

قوله: ثُمَّ المُجْتَهَدُ فِيهِ أَنْ لا يَكُونَ مُخَالِفًا لِمَا ذَكَرْنَا، وهو قوله: وَإِذَا رُفِعَ إِلَى القَاضِي حُكْمُ حَاكِمٍ أَمْضَاهُ إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ الكِتَابَ أَوِ السُّنَّةَ أَوِ الإِجْمَاعَ.

اعلم أن قضايا القضاة التي ترفع إلى القاضي لا تخلو من ثلاثة أوجه: إمَّا أن تكون جورًا تخالف الكتاب أو السنة أو إجماع العلماء، أو تكون في محل الاجتهاد اجتهد فيه العلماء والفقهاء، أو تكون قولًا مهجورًا.

ففي الوجه الأول: فالقاضي الذي يرفع إليه القضية ينقضها ولا تنفذها، حتى لو نفذها ثم رفع إلى قاضي آخر يعني ثالثاً فالثالث ينقضها؛ لأنَّه متى خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع كان باطلًا وضلالًا والباطل لا يجوز الاعتماد عليه، فعلى القاضي الثاني أن ينقضها.

وفي الوجه الثاني: إذا قضى بما يقول البعض وحكم بذلك ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك فإنه ينفذ هذه القضيَّة ويمضيها، حتى لو قضى ببطلانها ونقضها ثم رفع إلى قاض آخر فإن هذا القاضي الثالث ينقض قضاء القاضي الأول، ويبطل قضاء القاضي الثاني؛ لأنَّ القضاء الأول كان في موضع الاجتهاد والقضاء في المجتهدات نافذ بالإجماع، فكان الثاني بقضائه ببطلان الأول مخالفاً للإجماع، ومخالفة الإجماع ضلال فلا يجوز الاعتماد عليه، فعلى القاضي الثالث أن ينقضها وإن كان رأيه بخلاف ذلك، ويستقبل استقبالًا في الحوادث التي ترفع إليه.

وفي الوجه الثالث: ينقضها ولا ينفذها؛ لأنَّ القول المهجور ساقط الاعتبار في مقابلة الجمهور، وقوله لا يكون اختلافاً بل يكون خلافاً، فإنه لمَّا أجمع فقهاء الأمصار على شيءٍ فقول واحد خلاف قولهم يكون خلافاً ولا يكون اختلافاً، والقضاء ينفذ في موضع الاختلاف لا في موضع الخلاف، كذا ذكر في الباب الحادي والأربعين من «أدب القاضي» للصدر الشهيد رحمه الله.

وَالمُرَادُ بِالسُّنَّةِ المَشْهُورَةِ مِنْهَا وَفِيمَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الجُمْهُورُ لا يُعْتَبَرُ مُخَالَفَةُ البَعْضِ وَذَلِكَ خِلَافٌ وَلَيْسَ بِاخْتِلَافٍ،

قوله: وَالمُرَادُ بِالسُّنَّةِ المَشْهُورَةِ، فقوله: المَشْهُورَةِ، رفع على أنه خبر للمبتداء وهو قوله: وَالمُرَادُ.

قوله: وَفِيمَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الجُمْهُورُ لا يُعْتَبَرُ مُخَالَفَةُ البَعْضِ، يقال: جمهور الناس، أي: جُلّهم وأكثرهم، كذا في «المغرب».

يعنِي: أن الإجماع ينعقد باجتماع أكثر أهل الإجماع على حكم وإن كان الأقل منهم يخالفهم؛ لأن العبرة للأكثر.

فإن قلتَ: ففي نسخ أصول الفقه دليل على أن الإجماع لا ينعقد بمخالفة البعض، وإن كان ذلك المخالف واحدًا فإنَّهم اختلفوا في إجماع سبقهم فيه مخالف، قال بعضهم: هذا لا يكون إجماعًا؛ لأنَّ ذلك المخالف لو كان حيًّا في الحال لم ينعقد إجماع من سواه إجماعًا فكذلك إذا كان ميتًا؛ لأنَّ اعتبار قوله لدليله لا لحياته وبموته لا يبطل دليله، كذا في «التقويم» وغيره، وهذا نص منهم على أن الإجماع لا ينعقد إذا كان المخالف حيًّا وإن كان واحدًا؛ لما أن الفريق الآخر سوَّغوا لهذا الفريق حكمهم هذا حيث عللوا لإثبات مذهبهم بوجه آخر.

قلتُ: نعم كذلك لكن ذلك فيما إذا سوَّغوا له الاجتهاد في ذلك الحكم، وأمَّا إن لم يسوغوا له فلا اعتبار لمخالفته وما ذكر في الكتاب من ذلك القبيل، والدليل على ما ادعيتُ ما ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «أصول الفقه» بقوله: وكان الكرخي رحمه الله يقول: شرط الإجماع أن يجتمع علماء العصر كلهم على حكم، فأمَّا إذا اجتمع أكثرهم على شيءٍ وخالفهم واحد أو اثنان لم يثبت حكم الإجماع، وهذا قول الشافعي رحمه الله أيضًا؛ لأنَّ النبي صلَّى الله عليه وسلم قال: «أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم»، إلى أن قال: والأصح عندي ما أشار إليه أبوبكر الرازي رحمه الله: أن الواحد إذا خالف الجماعة فإن سوَّغوا له ذلك الاجتهاد لا يثبت حكم الإجماع بدون قوله، بمنزلة خلاف ابن عباس للصحابة رضي الله عنهم في زوج وأبوين أو امرأة وأبوين أن للأم ثلث جميع المال، وإن

وَالمُعْتَبَرُ الِاخْتِلَافُ فِي الصَّدْرِ الأَوَّلِ. قَالَ: (وَكُلُّ شَيْءٍ قَضَى بِهِ القَاضِي فِي الظَّاهِرِ

لم يسوَّغوا له الاجتهاد وأنكروا عليه قوله فإنه يثبت حكم الإجماع بدون قوله، بمنزلة قول ابن عباس رضي الله عنهما في حل التفاضل في أموال الربا فإن الصحابة لم يسوغوا له هذا الاجتهاد، حتى رُوي أنه رجع إلى قولهم فكان الإجماع ثابتًا بدون قوله.

قوله: وَالمُعْتَبَرُ الِاخْتِلَافُ فِي الصَّدْرِ الأَوَّلِ، وقال في «الذخيرة»: إنما اعتبر الخصاف رحمه الله الخلاف بين المتقدمين، والمراد من المتقدمين الصحابة، ومن معهم، ومن بعدهم من السلف رضي الله عنهم، ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله، فالعبرة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحلّ مجتهدًا فيه.

وفي «المنتقى»: يشير إلى أن العبرة لاشتباه الدليل لا لحقيقة الاختلاف، ألا ترى أن القاضي لو قضى بإبطال طلاق المكره نفذ قضاؤه؛ لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه؛ لأنّه موضع اشتباه الدليل؛ لأنَّ اعتبار الطلاق لسائر التصرفات يبقى حكمه، وكذلك لو قضى في حدٍّ أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف رأيه فإنه ينفذ قضاؤه ولا يبطله، وليس طريق نفاذ قضاء الأول في هذه الصورة حصوله في محل مختلف فيه؛ لأنّه لم يبلغنا الاختلاف فيه.

وأمّا طريقه أن القضاء الأول حصل في موضع اشتباه الدليل؛ لأنَّ المرأة من أهل الشهادة، وظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقًا نظرًا إلى اللفظ، وإنه وإن ورد في باب المداينة إلا أن العبرة عندنا لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، ولم يرد نص قاطع في إبطال شهادة النساء مع الرجال في هذه الصورة، ولو قضى بجواز نكاح بغير الشهود نفذ قضاؤه؛ لأنَّ المسألة مختلف فيها، فمالك وعثمان البتي كانا يشترطان الإعلان لا الشهادة، حتى لو حصل الإعلان بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح، وقد اعتبر خلافهما؛ لأنَّ الموضع موضيع اشتباه الدليل؛ لأنَّ اعتبار النكاح بسائر التصرفات أو بفسخه يقتضي أن لا يشترط الشهادة.

قوله: وَكُلُّ شَيْءٍ قَضَى بِهِ القَاضِي فِي الظَّاهِرِ بِتَحْرِيمِهِ فَهُوَ فِي البَاطِنِ كَذَلِكَ، وكذا إذا

بِتَحْرِيمٍ فَهُوَ فِي البَاطِنِ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَكَذَا إِذَا قَضَى

قضى بإحلال، فمن صورة التحريم ما إذا ادعت المرأة على زوجها أنه طلقها ثلاثًا وأقامت على ذلك شهود زور وقضى القاضي بالفرقة بينهما، وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة، فعلى قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف رحمهما الله الأول لا يحل للزوج الأول وطئها ظاهرًا وباطنـًا، ويحل للزوج الثانِي وطئها ظاهرًا وباطنـًا، علم بحقيقة الحال أن الزوج الأول لم يطلقها بأن كان الزوج الثانِي أحد الشاهدين، أو لم يعلم بحقيقة الحال بأن كان الزوج أجنبيًّا، وأمَّا على قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهما الله لا يحل للثانِي وطئها إذا كان عالمـًا بحقيقة الحال؛ لأنَّ الفرقة عندهما لم تقع باطنًا، وإن لم يعلم بحقيقة الحال حل له وطئها، وهل يحل للأول وطئها؟ على قول أبي يوسف رحمه الله الآخر لا، مع أنه لم تقع الفرقة عنده باطنًا؛ لأنَّه لو فعل ذلك كان زانيًا عند الناس فيحذرونه.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أن على قول أبي يوسف رحمه الله الآخر يحل للأول وطئها سرًّا، وعلى قول محمد رحمه الله يحل للأول وطئها ما لم يدخل بها الثانِي، فإذا دخل بها الثانِي الآن لا يحل للأول وطئها سواء كان الثانِي يعلم بحقيقة الحال أو لم يعلم.

ومن صورة التحريم أيضـًا: صبي وصبية سبيا وهما صغيران فكبرا وأعتقا ثم تزوج أحدهما الآخر ثم جاء حربيّ مسلمـًا وأقام بينة أنَّهما ولداه فالقاضي يقضي بينهما ويفرق بينهما، فإن رجع الشاهدان عن شهادتهما حتى تبيَّن أنَّهما شهدا بزور لا يسع للزوج وطئها عند محمد رحمه الله؛ لأنه مقضي عليه بالحرمة وقد نفذ ظاهرًا وباطنًا عنده، وكذلك على قول أبي يوسف رحمه الله لا يسع للزوج وطئها؛ لأنَّه لا يعلم حقيقة كذب الشهود.

ومن صور الإحلال: رجل ادعى على امرأة نكاحـًا وهي تجحد وأقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للزوج وطئها وحل للمرأة التمكين منه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله الأول، وعند محمد وأبي يوسف رحمه الله الآخر لا يحل لهما ذلك، ومن مشايخنا من قال: إنما يثبت نكاح مبتدأ بقضاء القاضي إذا كان القضاء بمحضر من الشهود؛ لأنَّ حضرة الشهود شرط لصحة العقد، ومنهم من قال: حضرة الشهود وقت القضاء في هذه الصورة ليست بشرط؛ لأنَّ الشهادة إنما تشترط لإنشاء النكاح قصدًا، وهاهنا

بِإِحْلَالٍ، وَهَذَا إِذَا كَانَتِ الدَّعْوَى بِسَبَبٍ مُعَيَّنٍ وَهِيَ مَسْأَلَةُ قَضَاءِ القَاضِي فِي العُقُودِ وَالفُسُوخِ بِشَهَادَةِ الزُّورِ وَقَدْ مَرَّتْ فِي النِّكَاحِ.

الإنشاء لا يثبت قصدًا وإنما يثبت اقتضاءً فلا يشترط له الشهادة، وأجمعوا على أن قضاء القاضي بالنكاح بشهادة الزور في معتدة الغير ومنكوحته أنه لا ينفذ.

ومن صور الإحلال أيضًا: ما إذا قضى القاضي بالبيع بشهادة الزور، بأن ادَّعى المشتري على غيره أنك بعتَ منِّي هذه الجارية بكذا، وأقام على ذلك شهود زور وقضى القاضي بالجارية للمشتري نفذ قضاؤه باطناً حتى حل للمشتري وطئها خلافاً لمحمد رحمه الله، وأمَّا الأملاك المرسلة فالقضاء فيها بشهادة الزور لا ينفذ باطنًا بالإجماع؛ لأنَّ هناك لا يمكن تصحيح القضاء باطناً؛ لأنه لا يمكن إنشاء الملك سابقًا؛ لأنَّ إنشاء الملك مطلقاً بلا سبب ليس في وسع العباد، ويعذر إنشاء السبب؛ لأنَّ في أسباب الملك كثرة وليس البعض أوْلَى من البعض.

فبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: مسألة بيع الجارية بشهادة الزور يجب أن يكون على التفصيل عند أبي حنيفة رحمه الله، فإن كان اليمين المذكور مثل قيمة الجارية أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه ينفذ قضاؤه باطنًا، وإن كان أقل مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لا ينفذ قضاؤه باطنًا؛ لأنَّ طريق تصحيح القضاء باطنًا عند أبي حنيفة رحمه الله في العقود والفسوخ أن يصير القاضي بقضائه منشأ لذلك التصرف، فإنما يصير القاضي منشئاً فيما له ولاية الإنشاء وله ولاية إنشاء البيع بمثل القيمة، أو أقل قدر ما يتغابن الناس فيه، وأمَّا إذا كان البيع بأقل من القيمة فلا؛ لأنَّ ذلك تبرع بمقدار الغبن وليس للقاضي ولاية إنشاء التبرع.

وبعضهم قالوا: لا بل ينفذ القضاء على كل حال؛ لأنَّ البيع وإن كان بغبن فهو مبادلة، ألا ترى أنه يملكه المكاتب والعبد المأذون، وإن كانا لا يملكان التبرع فينفذ قضاؤه باطنًا عنده كما في سائر المبادلات، كذا في «الذخيرة»، و«المغني».

وإذا ادعت المرأة على زوجها أنه أبانها بثلاث أو بواحدة، فجحد الزوج فحلّفه القاضي فحلف، فإن علمت أن الأمر كما قالت لا تسعها الإقامة معه، ولا أن يأخذ ميراثها،

قَالَ: (وَلَا يَقْضِي القَاضِي عَلَى غَائِبٍ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ)،

وهذا لا يشكل في الثلاث لبطلان محلية الإنشاء قبل إصابة الزوج إيَّاها، وإنما يشكل فيما إذا أبانَها بواحدة؛ لأنَّها لا تمنع إنشاء النكاح فينبغي أن يثبت الإنشاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الأول، على قياس ما سبق، والجواب عن هذا أن يقال: إن الإنشاء إنما يثبت إذا قضى القاضي بالنكاح الصحيح، وهنا القاضي ما قضى بالنكاح الصحيح؛ لأنَّ الزوجين هاهنا معترفان بالنكاح الصحيح، إلا أن المرأة إذا ادعت عليه الفرقة وإذا حلف الزوج لم يثبت الفرقة بينهما، فيبقى على ما كان فلم يحتج القاضي إلى القضاء فكيف يثبت الإنشاء وإنه يثبت مقتضى القضاء، وفيما سبق المرأة غير معترفة بالنكاح الصحيح فاحتاج القاضي إلى القضاء عليها فيثبت الإنشاء عندهما، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وأمَّا الأدلة في هذه المسألة من الطرفين وباقي المسائل التي يحتاج إليها، واختيار الفتوى فقد ذكرناها في آخر فصل المحرمات من النكاح.

قوله: وَلَا يَقْضِي القَاضِي عَلَى غَائِبٍ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ، والأصل أن القضاء بالبينة على الغائب وللغائب لا يجوز إلا إذا كان عنه خصم حاضر، إمَّا قصديّ وذلك بتوكيل الغائب إيَّاه، وإمَّا حكمي وذلك بأن يكون المدعي على الغائب سببًا لثبوت المدَّعى على الحاضر لا محالة، أو شرطًا له على ما ذكره بعض المشايخ، منهم فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله، وأمَّا عند الشافعي رحمه الله فالقضاء على الغائب بالبينة جائز، ويستوي في ذلك أن كان غائبًا عن البلد، أو عن مجلس الحكم حاضرًا في البلد، هو الصحيح من قوله، وإنما يُحضره القاضي لرجاء إقراره حتى تقصر به المسافة عليه ولا يحتاج المدعي إلى تكليف البينة، لا لعدم صحة الحكم بدونه.

واحتج بقوله صلَّى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي»، واشتراط حضور الخصم لإقامة البينة يكون زيادة على الحديث، ولمَّا قالت هند لرسول الله صلَّى الله عليه وسلم: إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني عنه وولدي، فقال: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»، فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب، لكن لا بالبينة.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَجُوزُ لِوُجُودِ الحُجَّةِ وَهِيَ البَيِّنَةُ فَظَهَرَ الحَقُّ.

ولنا قوله صلَّى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه: «لا تقض لأحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر، فإنك إذا سمعت كلام الآخر علمتَ كيف تقضي»، فتبيّن أن الجهالة تمنعه عن القضاء وإنَّها لا ترفع إلا بكلامهما، وأمَّا قوله صلَّى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي» فدليلنا؛ لأنَّ البينة اسم لما يحصل به البيان، وليس المراد البيان في حق المدعي؛ لأنَّه حاصل بقوله، ولا في حق القاضي؛ لأنَّه حاصل بقول المدعي إذا لم يكن له منازع، إنما الحاجة إلى البيان في حق الخصم الجاحد وذلك لا يكون إلا بحضوره، ألا ترى أنه جعل البينة على المدعي في حال لو عدمها استحلف الخصم فقال: واليمين على من أنكر، ولا يكون ذلك إلا بمحضر منه؛ وهذا لأنَّ البينة اسم للحجة ولا يكون حجة عليه ما لم يظهر عجزه عن الدفع والطعن، والقرآن صار حجة على الناس حين ظهر عجزهم عن المعارضة، وظهور عجزه لا يكون إلا بمحضر منه.

ولا حجة في حديث هند؛ لأنَّ رسول الله صلَّى الله عليه وسلم كان عالماً بسبب استحقاق النفقة على أبي سفيان وهو النكاح، ألا ترى أنَّها لم تقم البينة، والمعنى أنه - أي: المدَّعى عليه - أحد المتداعيين فشرط حضوره للقضاء بالبينة كالمدعي بل أوْلَى، فإن المدعي ينتفع بالقضاء والمدعى عليه يتضرر به، وتأثيره أن دعوى المدعي وإنكار الخصم شرط للعمل بالبينة حتى لا تسمع البينة على المقرّ، ولا يقضى بها إذا اعترض الإقرار قبل القضاء، وبغيبة المدعي يفوت أحد الشرطين وهو الدعوى، وبغيبة المدعى عليه يفوت الشرط الآخر وهو الإنكار، وفوات شرط الشيء كفوات ركنه في امتناع العمل به وإنكاره، وإن كان ثابتًا بطريق الظاهر فالشرط بطريق الظاهر لا يثبت عندنا ما لم يتقن به، ولهذا قلنا: إذا قال لعبده: إن لم أدخل الدار اليوم فأنت حر، فمضى اليوم وقال: قد دخلتُ وقال العبد: لم يدخل لم يعتق، وإن كان عدم الدخول ثابتًا بطريق الظاهر.

وذكر في «الأسرار» بإسناد الدخول إلى العبد فقال: كرجل يقول لعبده يدعي: إن لم أدخل الدار اليوم فأنت حرّ فمضى اليوم ولا يدري أدخل أم لا، والعبد يدعي أنه لم يدخل لم يعتق وإن كان الأصل هو العدم؛ لأنه جعله شرط العتق فما لم يثبت بدليل لم يعتق، فكذلك

وَلَنَا أَنَّ العَمَلَ بِالشَّهَادَةِ لِقَطْعِ المُنَازَعَةِ، وَلا مُنَازَعَةَ دُونَ الإِنْكَارِ وَلَمْ يُوجَدْ،

في مسألتنا هذه وإن كان الأصل عدم الإقرار؛ إذ الأصل في اليد يد المالك فلا يكون ذلك دليلًا متى جعل شرطـًا لغيره؛ لما عرف أن استصحاب الأصل يكون حجة دافعةً لا موجبةً؛ لأنَّ بقاءه على الاحتمال للحال، والمحتمل لا يكون حجة فلا يزول به أمر قد ثبت، ولا يثبت به أمر لم يكن، فلا يقع به عتق لم يكن، ولا يصير به البينة حجة بعدما لم يكن حجة قبله، فهذا سرّ المسألة فإن استصحاب الحال عنده حجة موجبة.

فإن قيل: الخلاف ثابت فيما إذا حضر وأنكر ثم غاب[1]، قلنا: لأنَّ الشرط بقاء الإنكار عند البينة وبقاؤه محتمل للحال؛ لجواز أنه أقرَّ بعده، وكذلك إذا سمعت البيّنة عليه ثم غاب لم يقض؛ لأنَّ قيام الإنكار شرط إلى حين القضاء؛ لأنَّ البينة إنما تصير حجة بالقضاء.

فإن قيل: لو حضر الخصم ولم ينكر وسكت سمعت عليه البيّنة مع أن سكوته محتمل للإقرار، قلنا؛ لأنَّ القاضي يجعل سكوته إنكارًا لما ثبت له من الولاية عليه على ما هو المذكور في مسألة النكول، حيث يجعل سكوته عن اليمين إقرارًا أو بدلًا للحق، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار»، و«الذخيرة».

فإن قلتَ: توقف حكم القاضي إلى حضور المدعى عليه بعد ما نوَّر المدعي دعواه بالبينة غير مفيد؛ وذلك لأنَّ المدَّعى عليه لو حضر لا يخلو عن أحد الأمرين: إمَّا أن يقر بما ادَّعاه المدعي أو ينكر، فعلى الوجهين كان دعوى المدعي لازمـًا عليه أمَّا في صورة الإقرار فظاهر، وكذلك في صورة الإنكار؛ لأنَّه لو حضر وأنكر لما ادَّعاه المدعي فالقاضي يلزمه بالبينة ولا يلتفت إلى إنكاره، بل إنكاره شرط مصحّح لإقامة البينة فبعد ذلك لا يتفاوت، إمَّا أن ينكر وهو غائب أو ينكر وهو حاضر.

قلتُ: بل هو مفيد؛ لأنَّه يحتمل أن يطعن في البيّنة ويثبت طعنه فيهم بالحجة، ويحتمل

---

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): معنى أن ما ذكرته يقتضي أن لا يوجد الخلاف في صورة يتيقن فيها الإنكار مع أنه ليس كذلك، فإن الخلاف ثابت فيما إذا حضر وأنكر ثم غاب مع أن الإنكار متيقن فيه، وإن إقامة البينة لا تعتبر في هذه الصورة عندنا وتعتبر عنده، مع أن الوجه أن تعتبر عندنا أيضـًا لوجود الشرط وهو تيقن الإنكار. انتهى

وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الإِقْرَارَ وَالإِنْكَارَ مِنَ الخَصْمِ فَيَشْتَبِهُ وَجْهُ القَضَاءِ لِأَنَّ أَحْكَامَهُمَا مُخْتَلِفَةٌ، وَلَوْ أَنكَرَ ثُمَّ غَابَ فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ قِيَامُ الإِنْكَارِ وَقْتَ القَضَاءِ، وَفِيهِ

أنه يسلم ما ادَّعاه المدعي بأنه كان ذلك فيما مضى ثم يدعي أداؤه إليه ويثبت بالحجة؛ أو لأنَّه لو حضر يحتمل أنه لو أقرَّ بذلك فحينئذٍ يبطل حكم البينة؛ لأنَّ من شرط صحة القضاء بالبينة إنكار الخصم، والقضاء بالبينة مخالف للقضاء بالإقرار على ما يذكر، فلو حكم القاضي بالبينة عند غيبة المدعى عليه كان حكم القاضي في غير محله من وجه، وهو على تقدير إقرار المدَّعى عليه وهو محتمل، فينبغي أن يكون حكم القاضي مصونًا عن البطلان من كل وجه، وذلك فيما قلنا من وقف حكم القاضي إلى حضور المدعى عليه.

قوله: لِأَنَّ أَحْكَامَهُمَا مُخْتَلِفَةٌ، أي: أحكام القضاء مع البينة عند الإنكار، وأحكام القضاء مع الإقرار، فإن حكم القضاء بالبينة يقع على الناس كافة، وعلى الأصل لا على الاقتصار على الحال، وحكم القضاء بالإقرار بخلافه، ويظهر ذلك في أوَّل باب الاستحقاق من كتاب البيوع من الكتاب فقال: رَجُلٌ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ بِبَيِّنَةٍ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَوَلَدَهَا، وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا لِرَجُلٍ لَمْ يَتْبَعْهَا وَلَدُهَا؛ لِأَنَّ البَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ كَاسْمِهَا مُبَيِّنَةٌ فَيَظْهَرُ مِلْكُ الْجَارِيَةِ مِنَ الأَصْلِ، فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للمستحق، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على البعض، بخلاف الحكم بالإقرار فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير، ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَلَوْ أَنكَرَ ثُمَّ غَابَ فَكَذَلِكَ، أي: ولو أنكر المدعى عليه لما ادَّعاه المدَّعي ثم غابَ في وقت القضاء لا يقضي القاضي أيضًا وهذا قول محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لو حضر وأنكر فأقيم عليه البينة ثم غاب يقضى عليه؛ لأنَّ إنكاره سُمع نصًّا، وقال محمد رحمه الله: لا يقضى عليه؛ لأن إصرارَه على الإنكار إلى وقت القضاء شرط وذلك ثابت بعد غيبته باستصحاب الحال لا بالنص، كذا في «المبسوط»، وذكر في «الأسرار» مطلقًا على ما ذكرناه.

قوله: لِأَنَّ الشَّرْطَ، أي: لأنَّ شرط صحة القضاء بالبينة.

خِلَافُ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ قَدْ يَكُونُ نَائِبًا بِإِنَابَتِهِ كَالوَكِيلِ أَوْ بِإِنَابَةِ الشَّرْعِ كَالوَصِيِّ مِنْ جِهَةِ القَاضِي، وَقَدْ يَكُونُ حُكْمًا بِأَنْ كَانَ مَا يَدَّعِي

قوله: وَمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ، أي: قوله في أول المسألة: إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ، فالمراد منه أن يكون بإنابته كما في وكيله، أَوْ بِإِنَابَةِ الشَّرْعِ كَالوَصِيِّ مِنْ جِهَةِ القَاضِي، قيَّد بالوصي من جهة القاضي احترازًا عن المسخَّر من جهة القاضي فإن فيه اختلاف الروايتين، فإنه ذكر في «الذخيرة»: إذا نصب القاضي مسخرًا عن الغائب لا يجوز، ولو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه، وتفسير المسخر أن ينصب القاضي وكيلًا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه، وكذلك لو أحضر رجل غيره عند القاضي ليسمع الخصومة عليه والقاضي يعلم أن المحضر ليس بخصم فالقاضي لا يسمع الخصومة عليه، وإنما يجوز نصب الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم، ولكن بعدما بعث أمناؤه إلى داره ونادى على باب داره على ما ذكرنا، أمَّا في غير ذلك الموضع فلا.

وذكر محمد رحمه الله في شهادات «الجامع»: رجل غابَ فجاء رجل وادَّعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب، وأن الغائب وكله بطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة وبالخصومة فيه، والمدعى عليه ينكر وكالته فأقام المدعي بينة على وكالته قضى القاضي عليه بالوكالة، قال شيخ الإسلام رحمه الله: فيه دليل على جواز الحكم على المسخر؛ فإنه قال: ادَّعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب، ولم يقل: ادَّعى على رجل هو غريم الغائب، قال الصدر الشهيد رحمه الله: ولكن هذا عندنا محمول على ما إذا لم يعلم القاضي بكونه مسخرًا، قيل: وينبغي أن يكون هذه المسألة على روايتين؛ لأنَّ هذا في الحاصل قضاء على الغائب وفي القضاء على الغائب روايتان، والمسألة في «شرح كتاب المفقود»، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله يقول: في القضاء على الغائب يُفتى بعدم النفاذ، لئلا نتطرقوا إلى هدم مذهب أصحابنا.

وقوله: وَقَدْ يَكُونُ حُكْمًا - معطوف على قوله: قَدْ يَكُونُ نَائِبًا بِإِنَابَتِهِ، - بِأَنْ كَانَ مَا يَدَّعِي عَلَى الغَائِبِ سَبَبًا لِمَا يَدَّعِيهِ عَلَى الحَاضِرِ، أي: يكون سببًا لا محالة، أمَّا إذا كان سببًا

عَلَى الغَائِبِ سَبَبًا لِمَا يَدَّعِيهِ عَلَى الحَاضِرِ وَهَذَا فِي غَيْرِ صُورَةٍ فِي الكُتُبِ،

في وقت دون وقت لا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، كما إذا قال رجل لامرأة رجل غائب: إن زوجك فلانـًا الغائب وكلني أن أحملك إليه، فقالت المرأة: إنه كان قد طلَّقنِي ثلاثًا وأقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها، لا في حق إثبات الطلاق على الغائب، حتى لو حضر الغائب وأنكر الطلاق فالمرأة تحتاج إلى إعادة البينة؛ لأنَّ المدَّعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لثبوت ما تدعي على الحاضر وهو قصر يد الوكيل لا محالة، فإن الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بأن لم يكن وكيلًا للحمل قبل الطلاق، وقد يوجب بأن كان وكيلًا بالحمل قبل الطلاق، فكان المدعى على الغائب سببًا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه، فقلنا: أنه يقضي بقصر يد الوكيل ولا يقضي بالطلاق والعتاق عملًا بهما، كذا في «الذخيرة».

وأمَّا إذا كان سببًا لما يدعيه على الحاضر لا محالة فنحو ما ذكره الإمام الأستروشني في «الفصول» محالًا إلى شيخ الإسلام رحمهما الله فقال: إن الحاضر إنما ينتصب خصمًا على الغائب بأحد معانٍ ثلاثة:

أحدها: أن يكون الحاضر وكيلًا عن الغائب وإنه ظاهر.

والثانِي: أن يكون المدَّعى على الحاضر والغائب سببًا واحدًا، وهو ما يدعي الغائب سبب لثبوت ما يدَّعي على الحاضر لا محالة، ففي هذه الحالة يقضى على الحاضر والغائب جميعًا، حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره.

والثالث: سواء بين ما إذا كان المدعي على الغائب والحاضر شيئين، وبين ما إذا كان المدعي شيئـًا واحدًا، فشرطت السببية لإيصال الحاضر خصمًا عن الغائب في الفصلين جميعًا.

ثم بيان ما إذا كان الحاضر وكيلًا عن الغائب فظاهر لا يحتاج إلى التفسير، وأمَّا بيان الأصل الثانِي وهو أن يكون المدَّعي على الغائب والحاضر شيئـًا واحدًا، وما يدعيه على الغائب سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لا محالة، فتفسير ذلك في مسائل:

أَمَّا إِذَا كَانَ شَرْطًا لِحَقِّهِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي جَعْلِهِ خَصْمًا عَنِ الغَائِبِ وَقَدْ عُرِفَ تَمَامُهُ

منها: إذا ادعى دارًا في يدي رجل أنَّها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها وأنكر ذو اليد وقال: الدارُ داري، وأقام المدعي بينة على دعواه قبلت بينته، ويكون ذلك قضاءً على الحاضر والغائب وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب؛ لأنَّ المدَّعى شيء واحد وهو الدار، وما يدعي على الغائب وهو الشراء منه سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر؛ لأنَّ الشراء من المالك سبب له لا محالة.

ومنها: إذا ادَّعى رجل أنه كفل عن فلان بما يذوب له عليه، فأقرَّ المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق فأقام المدعي البينة أنه ذاب له على فلان ألف درهم، فإنه يقضي بها في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعًا، حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره.

ومنها: إذا ادعى الشفعة في دار إنسان وقال ذو اليد: الدَّار داري ما اشتريتها من أحد، فأقام المدعي البينة أن ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بألف درهم وهو يملكها وإنه شفيعها، يقضى بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعًا.

وأمَّا الأصل الثالث: وهو ما إذا كان المدعي شيئين وما يدعيه على الغائب سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر قد ذكرنا أنه يكون الحاضر خصمًا عن الغائب، وهو كما إذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه: هما عبدان لفلان الغائب فأقام المشهود له بينة أنَّ فلانـًا الغائب أعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة، ويثبت العتق في حق الحاضر والغائب جميعًا، والمدعى شيئان: المال على الحاضر، والعتق على الغائب، إلا أن المدَّعى على الغائب سبب لثبوت المدَّعى على الحاضر لا محالة؛ لأنَّ ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فصار كشيءٍ واحد من حيث المعنى، وكذلك إذا قذف محصنًا حتى وجب عليه الحد فقال القاذف: أنا عبد وعليَّ حد العبيد، وقال المقذوف: لا، أعتقك مولاك وليَ عليك حد الأحرار، وأقام بينة على ذلك تقبل ويقضى بالعتق في حق الحاضر على الغائب.

قوله: أَمَّا إِذَا كَانَ شَرْطًا لِحَقِّهِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي جَعْلِهِ خَصْمًا عَنِ الغَائِبِ، هذا هو قول

فِي الجَامِعِ.

عامة المشايخ، فأمَّا على قول بعض المتأخرين منهم فخر الإسلام علي البزدوي، وشمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمهما الله: فللشرط اعتبارٌ أيضـًا كما للسبب؛ لأن دعوى المدَّعي كما يتوقف إلى السبب يتوقف إلى الشرط أيضًا، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

وذكر في طلاق «الجامع الصَّغير»: رجل قال لامرأته: إن طلَّق فلان امرأته طلاقـًا فأنتِ طالق، ثم إن امرأة الحالف ادعت على الحالف أن فلانًا طلَّق امرأته وفلان غائب وأقامت المرأة البينة لا تقبل منها هذه البينة، ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها، وقد أفتى بعض المتأخرين بقبول هذه البينة وبوقوع الطلاق.

فإن قيل: أليس أنه لو قال لامرأته: إن دخل فلان الدار فأنتِ طالق، ثم إن المرأة أقامت البينة أن فلانًا دخل الدار وفلان غائب تقبل هذه البينة ويحكم بوقوع الطلاق عليها، قلنا: ذاك ليست بقضاء على الغائب؛ إذ ليس فيه إبطال حق الغائب، والحاصل أن الإنسان إذا أقام البينة على شرط حقه بإثبات فعلى على الغائب فإن لم يكن فيه إبطال حق على الغائب تقبل هذه البينة، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، وإن كان فيه إبطال حق على الغائب أفتى بعض المتأخرين أنه تقبل البينة، ويقضى على الحاضر والغائب، منهم فخر الإسلام، وشمس الإسلام رحمهما الله كما ذكرنا، والأصح أنه لا تقبل هذه البينة ولا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، وبه كان يفتي ظهير الدين رحمه الله.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: وإذا غاب المدَّعى عليه أو مات بعد إقامة البينة عليه قبل قضاء القاضي، وقد ذكيت البينة في السر والعلانية فالقاضي لا يقضى بتلك البينة حتى يحضر الغائب، أو نائبه، أو يحضر وارث الميت، فإذا حضر واحد من هؤلاء فالقاضي يقضى عليه بتلك البينة ولا يحتاج إلى إعادة البينة للقضاء.

ولو كان المدَّعى عليه أقرَّ بما ادَّعاه المدعي ثم غاب فالقاضي يقضى عليه بإقراره في حال غيبته، فبعد هذا ينظر إن كان المقرّ به عينًا فالقاضي يأمر من في يديه بالتسليم إذا كان الذي في يديه مقرًّا أنه ملك الغير، وفي الدين إذا ظفر بجنس حقه يأمره بالأخذ، ولا يبيع

قَالَ: (وَيُقْرِضُ القَاضِي أَمْوَالَ اليَتَامَى وَيَكْتُبُ ذِكْرَ الحَقِّ) لِأَنَّ فِي الإِقْرَاضِ مَصْلَحَتَهُمْ لِبَقَاءِ الأَمْوَالِ مَحْفُوظَةً مَضْمُونَةً، وَالقَاضِي يَقْدِرُ عَلَى الِاسْتِخْرَاجِ

في ذلك العروض ولا العقار، وهذا قول أبي حنيفة وهو قول محمد، وقال أبو يوسف رحمهم الله: لا يقضي القاضي حتى يحضر الغائب في البينة والإقرار جميعًا، ثم رجع حين ابتلي بالقضاء وقال: يقضي فيهما جميعًا، استحسن ذلك حفظاً لأموال الناس وصيانةً لحقوقهم، فوجه قوله الأول أن القضاء يعتمد الولاية، ولا ولاية للقاضي على الغائب فلا ينفذ قضاؤه عليه، ألا ترى أنه لو قضى عليه في المصر الذي هو فيه وهو ليس بقاضي ذلك المصر لا ينفذ قضاؤه عليه لانعدام الولاية، كذا هاهنا.

ولأبي حنيفة رحمه الله في الفرق بين الإقرار والبينة أن للمدَّعى عليه حق الطعن في الشهود، والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق، أمَّا ليس له حق الطعن في إقراره فالقضاء عليه حال غيبته لا يبطل عليه حقًّا، كذا في «الذخيرة»، و«المغني».

قوله: وَيَكْتُبُ ذِكْرَ الحَقِّ، أي: الصَّك، أي: يكتب كتابًا لأجل تذكرة الحق وهو الإقراض هاهنا.

قوله: وَالقَاضِي يَقْدِرُ عَلَى الِاسْتِخْرَاجِ، أي: على تحصيل المال من المستقرض، بخلاف الوصي، وبخلاف الأب في رواية؛ لأنَّهما لا يقدران على تحصيل المال في عموم الأحوال؛ لأنَّه ليس كل قاض يعدل، ولا كل بينته يُعدّل.

ولأن الإقراض تبرع، ولهذا لا يصح التأجيل فيه كما في سائر التبرعات، وليس للوصي ولاية التبرع في مال التيمم فإنه مأمور بالقربان على الوجه الأحسن، والتبرع ليس من ذلك في شيء، وأمَّا إذا فعل ذلك القاضي فهو قربان ماله بالأحسن؛ لأنَّ القاضي عاجز عن الحفظ بنفسه لكثرة أشغاله، ولو أودعها غيره فهلكت بطل حق اليتيم محفوظاً عليه، ويؤمن التَّوى بجحود المستقرض لكون ذلك معلوماً للقاضي، ولا يؤمن عن مثله إذا كان المقرض هو الوصي.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وفي الأب روايتان: أظهرهما أنه ليس له أن يقرض

وَالكِتَابَةِ لِيَحْفَظَهُ (وَإِنْ أَقْرَضَ الوَصِيُّ ضَمِنَ) لِأَنَّهُ لا يَقْدِرُ عَلَى الِاسْتِخْرَاجِ، وَالأَبُ بِمَنْزِلَةِ الوَصِيِّ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ لِعَجْزِهِ عَنِ الِاسْتِخْرَاجِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

مال ولده كما ليس للوصي ذلك؛ لأنَّه لا يؤمن التَّوى بجحود المستقرض، وفي الرواية الأخرى قال: ولاية الأب تعم المال والنفس كولاية القاضي، وشفقته تمنعه من ترك النظر له فالظاهر أنه يقرضه لمن يأمن جحوده.

وإن أخذه الأب قرضًا لنفسه قالوا يجوز، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله قال: ليس للأب أن يستقرض مال الصغير لنفسه، ثم فرع عليه الخصَّاف رحمه الله في «أدب القاضي» فقال: ينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم مال اليتيم، حتى لو اختل أحد منهم أخذ المال من يده؛ لأنَّ القاضي وإن كان له ولاية استرداد المال شرعًا لكن تمكنه من الاسترداد من الموسر دون المعسر، ألا ترى أنه لو كان المستقرض معسرًا في الابتداء لا يجوز له أن يقرض مال اليتيم، فكذا لا يترك ماله على المفلس أيضًا، وإنما يتمكن منه بالتفحّص، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ التَّحْكِيمِ)

بـابُ التحكيم

وهذا أيضًا من فروع القضاء، لكن المحكم هو أدنى مرتبةً وأحط درجة من القاضي، فلذلك أخَّر ذكره عن ذكر أدب القاضي.

يقال: حكَّمه، أي: فوّض الحكم إليه.

فيحتاج هاهنا إلى معرفة دليل جواز التحكيم، وشرطه، وحكمه.

أمَّا الدليل: فقوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ﴾ [النساء: ٣٥]، والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم، ورُوي عن عامر أنه قال: «كان بين عمر وبين أُبيّ بن كعب رضي الله عنهما مدارأة في شيءٍ فحكَّما بينهما زيد بن ثابت رضي الله عنه، فأتياه فخرج زيد بن ثابت إليهما وقال لعمر: هلا بعثتَ إليَّ فأتيتك يا أمير المؤمنين؟ فقال عمر رضي الله عنه: في بيته يُؤتى الحكَم، فأذن لهما فدخلا وألقى لعمر وسادة فقال: هذا أول جورك، وكانت اليمين على عمر فقال زيد لأُبيٍّ: لو أعفيتَ أمير المؤمنين من اليمين؟ فقال عمر رضي الله عنه: يمينٌ لزمتنِي بل أحلف، فقال أبيٌّ: بل نُعفي أمير المؤمنين ونُصدّقه»، المراد بالمدارأة: الخصومة واللجاج، قال الله تعالى: ﴿فَٱدَّٰرَٰٔتُمۡ فِيهَاۖ﴾ [البقرة: ٧٢].

وفي الحديث فوائد:

منها: بيان أنه كان يقع بينهم منازعة وخصومة، ولا يظنّ بكل واحد منهم سوى الجميل، فإنما يكون ذلك عند اشتباه حكم الحادثة عليهم فيتقدمون إلى القاضي لطلب

(وَإِذَا حَكَّمَ رَجُلَانِ رَجُلًا فَحَكَمَ بَيْنَهُمَا وَرَضِيَا بِحُكْمِهِ جَازَ) لِأَنَّ لَهُمَا وِلَايَةَ

البيان، لا للقصد إلى التلبيس والإنكار، ولهذا كان القاضي يُدعى مفتيًا.

ومنها: دليل جواز التحكم فقد حكما زيد ابن ثابت رضي الله عنه، وإنما حكماه لفقهه فقد كان مقدمًا معروفًا فيهم بذلك، حتى رُوي أن ابن عباس رضي الله عنهما كان يختلف إليه وأخذ بركابه لَمَّا أراد أن يركبا وقال: هكذا أمرنا أن نصنع بفُقهائنا، فقبَّل زيد يده فقال: هكذا أمرنا أن نصنع بأشرافنا.

ومنها: فيه دليل على أن الإمام لا يكون قاضيًا في حق نفسه، فعُمر رضي الله عنه في خصومته حكم زيد بن ثابت.

وفيه دليل على أن من احتاج إلى العلم ينبغي له أن يأتِي العالم في منزله وإن كان وجيهًا في الناس، ولا يدعوه إلى نفسه، فإنه وجاهته بسبب الدين، فيبقى ذلك له إذا عظم الدينُ، والذهابُ إلى منزل العالم عند الحاجة إلى علمه من تعظيم الدين، ولما استعظم ذلك زيد قال: هل لا أرسلتَ إليَّ يا أمير المؤمنين؟ قال: في بيته يُؤتى الحكم، فأتى زيد لعُمر بوسادة فكان هذا منه امتثالاً لما ندب إليه رسول الله صلَّى الله عليه وسلم في قوله: «إذا آتاكم كريم قوم فأكرموه»، وقد بسط رسول الله صلَّى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم رداءه حين أتاه، ولكن عمر لم يستحسن ذلك منه في هذا الوقت.

وقال: هذا أول جورك، وفيه دليل على وجوب التسوية بين الخصمين في كل ما يتمكن القاضي به منه، وما كان ذلك يخفي على زيد ولكن وقع عنده أن الحكم في هذا ليس كالقاضي، وأن الخليفة في هذا ليس كغيره فبيَّن له عُمر رضي الله عنه أن الحكم في حق الخصمين كالقاضي.

ثم في قول عمر رضي الله عنه في حق اليمين: يمينٌ لزمتنِي بل أحلف، دليل على أنه لا بأس للمرء أن يحلف إذا كان صادقًا، فقد رغب عمر في ذلك مع صلابته في الدين، وأن يحرز عن ذلك فهو واسع له أيضًا، كما رُوي أن عثمان رضي الله عنه امتنع عن ذلك وقال: أخشى أن يوافق قدرٌ يمينِي.

عَلَى أَنْفُسِهِمَا فَصَحَّ تَحْكِيمُهُمَا وَيَنْفُذُ حُكْمُهُ عَلَيْهِمَا، وَهَذَا إِذَا كَانَ الْمُحَكَّمُ بِصِفَةِ الحَاكِمِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ القَاضِي فِيمَا بَيْنَهُمَا،

فيقال: أصبتَ بذلك، وفيه دليل أن اليمين حق المدعي قبل المدعى عليه يستوفى بطلبه ويترك إذا ترك، ألا ترى أن أُبيًّا رضي الله عنه ترك له ذلك.

وأمَّا شرطه: فأن يكون الحكَم من أهل الشهادة، ويشترط أن يكون أهلًا للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعًا، حتى أنه إذا لم يكن أهلًا للشهادة وقت التحكيم وصار أهلًا للشهادة وقت الحكم بأن كان الحكَم عبدًا فأعتق، أو صبيًّا فبلغ، أو ذميًّا فأسلم، وحكم لا ينفذ حكمه؛ وهذا لما ذكرنا أن الحكم فيما بين المحكمين بمنزلة القاضي المولى في حق الحكم.

ثم أهلية الشهادة وقت التقليد ووقت القضاء في حق القاضي المولى شرط لصحة التقليد، فكذا هاهنا.

ثم حكم الحاكم يفارق حكم القاضي المولى من حيث أن حكم هذا الحكَم إنما ينفذ في حق الخصمين، ومن رضي بحكمه، ولا يتعدَّى إلى من لم يرض بحكمه، بخلاف القاضي المولى، وكذلك يصح حكم الحكم المحكَّم في الأماكن كلها، بخلاف حكم القاضي المولى.

وأمَّا حكمه: فما ذكر في الكتاب **بقوله: وَإِذَا حَكَمَ لَزِمَهُمَا؛ لِصُدُورِ حُكْمِهِ عَنْ وِلَايَةٍ عَلَيْهِمَا**، كذا في «المبسوط»، بعضها في الصلح وبعضها في أدب القاضي منه، و«الذخيرة»، و«المغني».

قوله: وَهَذَا إِذَا كَانَ الْمُحَكَّمُ بِصِفَةِ الحَاكِمِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ القَاضِي فِيمَا بَيْنَهُمَا، فإن قلتَ: لمَّا كان المحكَّم بمنزلة القاضي من أين وقع الفرق بينهما في حق التعليق والإضافة على قول أبي يوسف رحمه الله، حيث لا يصح تعليق التحكيم بالأخطار، ولا الإضافة إلى وقت في المستقبل على قول أبي يوسف، خلافـًا لمحمد رحمهما الله، بخلاف القضاء فإنه يجوز تعليقه وإضافته إلى وقت في المستقبل بالاتفاق على ما ذكرناه.

قلتُ: إن أبا يوسف رحمه الله يقول: إن التحكيم صلحٌ معنى؛ لأنَّه لا يثبت إلا بتراضي

فَتُشْتَرَطُ أَهْلِيَّةُ القَضَاءِ، وَلا يَجُوزُ تَحْكِيمُ الكَافِرِ وَالعَبْدِ وَالذِّمِّيِّ وَالمَحْدُودِ فِي القَذْفِ وَالفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ لِانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ القَضَاءِ اعْتِبَارًا بِأَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ وَالفَاسِقُ إِذَا حَكَمَ يَجِبُ أَنْ يَجُوزَ عِنْدَنَا كَمَا مَرَّ فِي المُوَلَّى.

الخصمين، والمقصود منه قطع منازعة تحققت بينهما، وهذا هو معنى الصلح فلا يصح معلقًا ومضافًا قياسًا على سائر المصالحات، بخلاف القضاء والإمارة؛ لأنَّه تفويض وتولية معنى ليس فيهما معنى الصلح؛ إذ التراضي فيه ليس بشرط؛ ولأن التحكيم إن كان تفويضًا من حيث أن كل واحد من الخصمين بالتحكيم يفوض إلى الحكَم ما كان يملك فيصح تعليقه من ذلك الوجه، فلا يصح من الوجه الذي قلنا بأنه صلح معنى للاشتراط فيه ما هو شرط الصلح فلا يصح بالشك.

وعن هذا أيضًا وقع الفرق بين تحكيمهما العبد مضافًا إلى ما بعد العتق، وبين توكيل العبد رجلًا بشراء شيءٍ حيث تصح الوكالة مضافة إلى ما بعد العتق، وإن كانت لا تصح في الحال؛ لما أن العبد من أهل الشراء، ولهذا لو اشترى يجوز شراؤه إلا أنه يتوقف على إجازة المولى، وأمَّا تحكيم العبد في الحال لم يصح أصلًا؛ لأنَّ العبد ليس من أهل التحكيم، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَتُشْتَرَطُ أَهْلِيَّةُ القَضَاءِ، وعلى هذا لو حكما امرأة جاز حكمها فيما يثبت مع الشبهات؛ لأنَّها من أهل الشهادة فيها، إلى هذا أشار في «المبسوط».

ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذميّ والمحدود في القذف، هذا كله من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول، فإنه لو جعل من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل ينقلب حكم المسألة فإن ذلك جائز، وقال في «المغني»: ويجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كما يجوز تحكيم الحر، وهو من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل هناك.

ثم المراد من عدم جواز تحكيم الذمي أن لو كان الذمي حكمًا بين المسلمين، أمَّا لو كان الذمي حكمًا فيما بين الذّميين فإنه يجوز؛ لأنَّ الذمي من أهل الشهادة فيما بين أهل الذمة.

وذكر في «المبسوط»: وإن حكم الذمي بين أهل الذمة جاز؛ لأنه أهل الشهادة بين أهل

(وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُحَكِّمَيْنِ أَنْ يَرْجِعَ مَا لَمْ يَحْكُمْ عَلَيْهِمَا) لِأَنَّهُ مُقَلَّدٌ مِنْ جِهَتِهِمَا فَلَا يَحْكُمُ إِلَّا بِرِضَاهُمَا جَمِيعًا (وَإِذَا حَكَمَ لَزِمَهُمَا) لِصُدُورِ حُكْمِهِ عَنْ وِلَايَةٍ عَلَيْهِمَا (وَإِذَا رَفَعَ حُكْمَهُ إِلَى الْقَاضِي فَوَافَقَ مَذْهَبَهُ أَمْضَاهُ) لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي نَقْضِهِ ثُمَّ فِي إِبْرَامِهِ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ.

الذمة دون المسلمين، ويكون تراضيهما عليه في حقِّهما كتقليد السطان إيَّاه، وتقليد حكومة الذمي ليحكم بين أهل الذمة صحيح، وتقليده ليحكم بين المسلمين باطل فكذلك التحكيم.

قوله: وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُحَكِّمَيْنِ أَنْ يَرْجِعَ مَا لَمْ يَحْكُمْ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّهُ مُقَلَّدٌ - بفتح اللام - مِنْ جِهَتِهِمَا؛ وإنما علل بهذا لأنَّ الصدر الشهيد ذكر في «أدب القاضي» أن المحكم في حقهما بمنزلة المولى في حق السلطان، والسلطان لو عزل القاضي المولى قبل الحكم صحَّ، فكذا هنا.

فإن قيل: إن التحكيم إنما يثبت باتفاقهما فينبغي أن لا يصح الإخراج.

قلنا: يجوز أن لا يثبت العقد إلا باتفاقهما ثم يتفرد أحدهما بالإبطال كما في المضاربة والشركة؛ وهذا لأنَّه لم يرض أحدهما بهذا التحكيم ولو لم يرض في الابتداء لا يصح التحكيم، فإذا لم يرض بعد ذلك لا يبقى التحكيم، فإذا أمضى الحكم عليهما ليس لكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك؛ لأنَّ السلطان لو عزل القاضي المولى بعد ما قضى لا يبطل ذلك القضاء فكذا في المحكم في حقِّهما.

وذكر في «المبسوط»: ولأن الحكم الذي تمَّ بتراضيهما لا يكون دون صلح جرى بينهما بالتراضي، وبعد علم الصلح ليس لواحد منهما أن يرجع عنه، فهذا مثله.

قوله: وَإِذَا رَفَعَ حُكْمَهُ إِلَى الْقَاضِي فَوَافَقَ مَذْهَبَهُ أَمْضَاهُ، وفائدة الإمضاء هي أن الإمضاء لو رفع إلى قاض آخر يخالف مذهبه ليس لذلك القاضي ولاية النقض، ولو لم يمضه القاضي الأول الذي وافق مذهبه لتمكن القاضي الثاني من النقض؛ لأنَّ إمضاء القاضي الأول بمنزلة حكمه لنفسه ابتداءً.

(وَإِنْ خَالَفَهُ أَبْطَلَهُ) لِأَنَّ حُكْمَهُ لا يَلْزَمُهُ لِعَدَمِ التَّحْكِيمِ مِنْهُ. (وَلا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ) لِأَنَّهُ لا وِلايَةَ لَهُمَا عَلَى دَمِهِمَا وَلِهَذَا لا يَمْلِكَانِ الإِبَاحَةَ

قوله: وَإِنْ خَالَفَهُ أَبْطَلَهُ، أي: وإن خالف حكم الحكم رأي القاض أبطله القاضي.

وذكر في «المبسوط»: وإن كان حُكم الحكَم ممَّا يختلف فيه الفقهاء فرفع إلى القاضي قال ابن أبي ليلى: حكم الحكم بينهما في المجتهدات نافذ فلا يبطله القاضي، إلا أن يكون مخالفًا للنص أو الإجماع؛ لأنَّه فيما بينهما صار كالحاكم المولي، وحكم الحكَم في المجتهدات نافذ فلا يبطله قاض آخر، فكذلك حكم الحكَم بينهما.

ولأن هذا الحكم لو أراد أن يبطل حكم نفسه في المجتهدات لم يكن له ذلك، فكذلك لا يكون لقاض آخر أن يبطله، ولكنا نقول: إن سبب هذا الحكم اتفاق الخصمين، بل يكون بمنزلة اصطلاحهما على شيءٍ بالتراضي، ولو اصطلحا في المجتهدات بالتراضي على شيءٍ ثم رفع إلى قاض كان له رأي في تنفيذه وإبطاله، فهذا مثله؛ وهذا لأنَّ لهما ولاية على أنفسهما وليس لهما ولاية على القاضي، وقد كان للقاضي رأي في هذه الحادثة لو ارتفعا إليه قبل حكم الحكم، فلا يبطل رأيه بحكم الحكم.

ولأن للقاضي المولى ولاية على الناس كافة؛ لأنَّ لمقلده وهو الخليفة ولاية على الناس كافة فكان قضاؤه حجة في حق الكل، فلا يجوز لقاض آخر أن يرده بخلاف الحكم، وإنما لا ينقض الحكم بنفسه لزوال ولايته حين نفذ الحكم بينهما.

ثم الأصل أن الحكم في حق الخصمين بمنزلة الحاكم المولى، وفي حق غيرهما هو كسائر الرعايا، فمن حيث أنه بمنزلة الحاكم في حقهما يعتبر فيه الأهلية للحكومة والشهادة حتى ينفذ حكمه، ومن حيث أنه بمنزلة الرعايا جعل حكمه بمنزلة اصطلاح الخصمين في حق القاضي.

قوله: وَلا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ؛ لأنَّ حكم المحكم بمنزلة الصلح، فكلما يجوز استيفاؤه بالصلح يجوز التحكيم فيه، وما لا فلا، والحد والقصاص لا يجوز استيفاؤهما بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما.

فَلا يُسْتَبَاحُ بِرِضَاهُمَا قَالُوا: وَتَخْصِيصُ الحُدُودِ وَالقِصَاصِ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ التَّحْكِيمِ فِي سَائِرِ المُجْتَهَدَاتِ كَالطَّلَاقِ وَالنِّكَاحِ وَغَيْرِهِمَا، وَهُوَ صَحِيحٌ إِلَّا أَنَّهُ لا يُفْتَى بِهِ، وَيُقَالُ يُحْتَاجُ إِلَى حُكْمِ المُوَلَّى دَفْعًا لِتَجَاسُرِ العَوَامِّ وَإِنْ حَكَّمَاهُ فِي دَمِ خَطَإٍ فَقَضَى بِالدِّيَةِ عَلَى العَاقِلَةِ لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُ لِأَنَّهُ لا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ إِذْ لا تَحْكِيمَ مِنْ جِهَتِهِمْ. وَلَوْ حَكَمَ عَلَى القَاتِلِ بِالدِّيَةِ فِي مَالِهِ رَدَّهُ القَاضِي وَيَقْضِي بِالدِّيَةِ عَلَى العَاقِلَةِ لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ لِرَأْيِهِ وَمُخَالِفٌ لِلنَّصِّ أَيْضًا، إِلَّا إِذَا ثَبَتَ القَتْلُ بِإِقْرَارِهِ؛ لِأَنَّ

وفي «الذخيرة»: ويجوز التحكيم في القصاص، هكذا ذكر في صلح «الأصل»، وفي كتاب الأقضية: لأنَّ القصاص من حقوق العباد، فهما يملكان الاستيفاء بأنفسهما فيملكان التفويض إلى غيرهما قياساً على سائر حقوق العباد، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز، فوجهه ما ذكر في الكتاب؛ ولأن حكم الحاكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة، والقصاص لا يستوفى مع الشبهات.

قوله: وَتَخْصِيصُ الحُدُودِ وَالقِصَاصِ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ التَّحْكِيمِ فِي سَائِرِ المُجْتَهَدَاتِ، نحو الكنايات، أي: بأنَّها رواجع، والطلاق المضاف وهو الظاهر عند أصحابنا، وهو الصحيح، لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى وقالوا: يحتاج إلى حكم الحاكم المولى كما في الحدود والقصاص كيلا يتجاسر العوام، كذا ذكره الصدر الشهيد في «أدب القاضي».

وذكر في «الذخيرة»: إذا رفع اليمين بالطلاق المضاف إلى حاكم أصحاب الشافعي رحمه الله ليبطل اليمين ويجوز النكاح، فالأحسن أن يقول: لبطلت هذه اليمين ونقضت هذا الطلاق، عملًا بقوله صلَّى الله عليه وسلم: «لا طلاق قبل النكاح»، وأخذًا بقول من يقول به من الصحابة رضي الله عنهم.

قوله: وَمُخَالِفٌ لِلنَّصِّ، والنص حديث حمل بن مالك: «قوموا فدوه»، على ما يأتي في كتاب المعاقل إن شاء الله تعالى.

قوله: إِلَّا إِذَا ثَبَتَ القَتْلُ بِإِقْرَارِهِ؛ لِأَنَّ العَاقِلَةَ لا تَعْقِلُهُ، وذكر في «الذخيرة»: وأمَّا أروش

العَاقِلَةَ لا تَعْقِلُهُ (وَيَجُوزُ أَنْ يَسْمَعَ البَيِّنَةَ وَيَقْضِيَ بِالنُّكُولِ وَكَذَا بِالإِقْرَارِ) لِأَنَّهُ حُكْمٌ مُوَافِقٌ لِلشَّرْعِ، وَلَوْ أَخْبَرَ بِإِقْرَارِ أَحَدِ الخَصْمَيْنِ أَوْ بِعَدَالَةِ الشُّهُودِ وَهُمَا عَلَى تَحْكِيمِهِمَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الوِلَايَةَ قَائِمَةٌ وَلَوْ أَخْبَرَ بِالحُكْمِ لا يُقْبَلُ قَوْلُهُ لِانْقِضَاءِ الوِلَايَةِ كَقَوْلِ المُوَلَّى بَعْدَ العَزْلِ.

(وَحُكْمُ الحَاكِمِ لِأَبَوَيْهِ وَزَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ بَاطِلٌ وَالمُوَلَّى وَالمُحَكَّمُ فِيهِ سَوَاءٌ) وَهَذَا لِأَنَّهُ لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِهَؤُلَاءِ لِمَكَانِ التُّهَمَةِ فَكَذَلِكَ لا يَصِحُّ القَضَاءُ لَهُمْ، بِخِلَافِ مَا

الجراحات فإن كانت بحيث لا يتحملها العاقلة ويجب في مال الجانِي، بأن كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالإقرار، أو النكول، أو كان عمدًا وقضى على الجانِي جاز؛ لأنَّه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجانِي بحكمه عليه فيجوز، وإن كانت بحيث يتحملها العاقلة بأن كانت خمسمائة فصاعدًا وقد ثبتت الجناية بالبيّنة وكانت خطأً لا يجوز قضاؤه بِها أصلًا؛ لأنَّه إن قضى بها على الجانِي فقد قضى بخلاف حكم الشرع، وإن قضى بها على العاقلة فالعاقلة ما رضوا بحكمه.

قوله: وَلَوْ أَخْبَرَ بِإِقْرَارِ أَحَدِ الخَصْمَيْنِ، أي: المحكم لو أخبر بإقرار أحدهما، يعنِي: لو قال المحكم بينهما لأحدهما: قد أقررتَ عندي لهذا بكذا وكذا، أو قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا وكذا، فعدّلوا عندي وقد ألزمتُك ذلك وحكمتُ به لهذا عليك، وأنكر المقضي عليه أن يكون أقرّ عنده بشيءٍ، أو قامت عليه بينة بشيءٍ لم يلتفت إلى قوله[1] ومضى القضاء عليه ونفذ؛ لأنَّ المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك فيملك الإقرار، كالقاضي المولى إذا قال في حال قضائه لإنسان: قضيتُ عليك بهذا بإقرارك، أو ببينة قامت عندي على ذلك، فإنه يصدق في ذلك ولا يلتفت إلى إنكار المقضي عليه، فكذا هنا، إلا أن يخرجه من الحكم، أو يعزله عنه قبل أن يقول: قد حكمتُ عليك، ثم قال المحكم بعد ذلك لم يصدق، كذا في «أدب القاضي» للصدر الشهيد.

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): أي: إلى قول المقضيّ عليه.

إِذَا حَكَمَ عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِمْ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ فَكَذَا الْقَضَاءُ، وَلَوْ حَكَّمَا رَجُلَيْنِ لا بُدَّ مِنِ اجْتِمَاعِهِمَا لِأَنَّهُ أَمْرٌ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَلَوْ حَكَّمَا رَجُلَيْنِ لا بُدَّ مِنِ اجْتِمَاعِهِمَا، حتى لو حكم أحدهما دون الآخر فإن ذلك لا يجوز؛ لأنَّهما رضيا برأيهما ورأي الواحد لا يكون كرأي المثنَّى، ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما؛ لأنَّهما كسائر الرعايا بعد القيام من مجلس الحكومة فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه، كذا في «المبسوط»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(مَسَائِلُ شَتَّى مِنْ كِتَابِ القَضَاءِ)

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ عُلْوٌ لِرَجُلٍ وَسُفْلٌ لِآخَرَ فَلَيْسَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ أَنْ يَتِدَ فِيهِ وَتَدًا وَلَا يَنْقُبَ فِيهِ كَوَّةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) مَعْنَاهُ بِغَيْرِ رِضَا صَاحِبِ العُلْوِ (وَقَالَا: يَصْنَعُ مَا لَا يَضُرُّ بِالعُلْوِ) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا أَرَادَ صَاحِبُ العُلْوِ أَنْ يَبْنِيَ عَلَى عُلْوِهِ. قِيلَ مَا حُكِيَ عَنْهُمَا تَفْسِيرٌ لِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَلَا خِلَافَ.

مسائل شتى من كتاب القضاء

ذكر هذه في آخر كتاب أدب القاضي كما هو دأب المصنفين في تأخير ذكر مسائل متفرقة تتعلق بما قبله من الكتاب.

قوله: فَلَيْسَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ أَنْ يَتِدَ فِيهِ وَتَدًا، ولمَّا لم يكن له هذا لا يكون لصاحب السُّفل أن يهدم سفلَه.

قوله: وَلَا - أن - يَنْقُبَ فِيهِ كَوَّةً، ولا بابًا، ولا أن يُدخل فيه جذعًا لم يكن، ولا لصاحب العلو أن يحدث على بنائه، ولا أن يضع عليه جذعًا، ولا كنيفًا لم يكن.

قوله: قِيلَ مَا حُكِيَ عَنْهُمَا تَفْسِيرٌ لِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، يعني: أن أبا حنيفة رحمه الله إنما منع صاحب السفل عن أن يتد في السفل وتدًا وأن ينقب فيه كوَّة؛ لأنَّ صاحب العلو يتضرر به، ولو لم يتضرر به لا يمنع كما هو قولهما، فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فصلًا مجمعًا عليه؛ لأنَّ التصرف فيه حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر لصاحبه.

وَقِيلَ الْأَصْلُ عِنْدَهُمَا الإِبَاحَةُ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ وَالمِلْكُ يَقْتَضِي الإِطْلَاقَ وَالحُرْمَةُ بِعَارِضِ الضَّرَرِ فَإِذَا أُشْكِلَ لَمْ يَجُزِ المَنْعُ وَالأَصْلُ عِنْدَهُ الحَظْرُ؛ لِأَنَّهُ

وفي «الأقضية»: لو انهدم السفل لا يجبر صاحبه على البناء؛ لأنَّ حق صاحب العلو في القرار فات من غير تعدّ وُجد من صاحب السفل فلا يجب عليه الإعادة، ولكن تخير صاحب العلو فإن شاء بنى السفل إلى موضع علوه ثم يبني عليه علوّه، فإذا بنى له منع صاحب السّفل عن السكنى فيه حتى يؤدي فيه قيمة السفل، وهل تعتبر قيمته وقت البناء أم وقت الرجوع؟ فالصحيح وقت البناء، فرق بين هذا وبين دارين اثنين انهدم فبنى أحدهما بغير إذن صاحبه لا يرجع على صاحبه بشيء؛ لأنَّه هنا غير مضطر إلى البناء في نصيب شريكه ليصل إلى حقه في السكنى؛ لأنَّه يمكنه أن يقاسمه الساحة فيبني في نصيبه، أمَّا هنا فبخلافه حتى لو كان بيتًا صغيرًا فانهدم فلا يمكن قسمة الساحة؛ لأنَّه لا يمكنه البناء بعد القسمة فإذا بنى لا يكون متطوعًا، وهكذا نقول في الحمام والطَّاحونة إذا انهدم بعضه؛ لأنَّه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بهذا، فإن انهدم كله فإن أمكن البناء بعد القسمة يكون متطوعًا في البناء، وإن لم يكن لا يكون، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: فَإِذَا أُشْكِلَ لَمْ يَجُزِ المَنْعُ، فكان هذا من قبل أن اليقين لا يزول بالشكّ؛ وهذا لأنَّ حائط السفل ملك صاحب السفل، فكان الأصل هو الإطلاق والمنع يعارض الضرر فلا يمنع عند الاشتباه، كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز، ولو كانت نصيبه من العبد المشترك كان لشريكه حق الفسخ.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن لصاحب العلو حقًّا من حائط السفل؛ لأنَّ قراره عليه فلهذا يمنع من الهدم بالاتفاق، وتعلق حق الإنسان بملك الغير يمنع المالك من التصرف أصلًا كما قلنا في الرهن، يعني: تعلق حقّ صاحب العلو بالسفل يجب أن يمنع صاحب السفل عن التصرف في السفل، كما منع تعلق حق المرتهن بالمرهون الراهن عن التصرف في المرهون، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله.

ولو كان العلو لرجل والسفل لآخر فانهدما لم يجبر صاحب السفل على بناء السفل؛

تَصَرَّفَ فِي مَحَلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُحتَرَمٌ لِلْغَيرِ كَحَقِّ المُرْتَهِنِ وَالمُسْتَأْجِرِ وَالإِطْلَاقُ بِعَارِضٍ فَإِذَا أُشْكِلَ لا يَزُولُ المَنْعُ عَلَى أَنَّهُ لا يُعَرَّى عَنْ نَوعِ ضَرَرٍ بِالعُلْوِ مِنْ تَوْهِينِ بِنَاءٍ أَوْ نَقْضِهِ فَيُمْنَعُ عَنْهُ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ زَائِغَةٌ مُسْتَطِيلَةٌ تَنْشَعِبُ مِنْهَا زَائِغَةٌ مُسْتَطِيلَةٌ وَهِيَ غَيْرُ نَافِذَةٍ فَلَيْسَ

لأنَّه ملكه والإنسان لا يجبر على بناء ملكه، ولو كان صاحب السفل هو الذي هدمه يجبر على بناء السفل؛ لأنَّه صار متعدّيًا في حق صاحب العلو وهو حقّ قرار العلو، فيجبر على بنائه وإن كان تصرفه في ملكه، كالراهن إذا قتل المرهون، والمولى إذا قتل عبده المديون، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله محالًا على الحاوي فقال: كل من أجبر على أن يفعل مع شريكه فإذا فعل أحدهما بغير أمر فهو متطوّع؛ لأنَّ له طريقًا وهو المطالبة كنهر بينهما امتنع أحدهما عن الكري فكرى الآخر، أو سفينة يتخوف منها الغرق، أو بئر أو حمام أو طاحونة تعيب فأصلحه أحدهما، أو عبد جنى ففداه أحدهما فهو متطوّع؛ لأنَّه يجبر الآخر وإن لم يجبر فلا يكون متطوعًا كعلو لرجل وسفل لآخر فسقطا لا يجبر صاحب السفل على البناء، فإن بنى الآخر لا يكون متطوّعًا؛ لأنَّه ليس له ولاية الجبر ولا يتمكّن من الانتفاع بحقه إلا ببناء السفل فكان مضطرًّا في بنائه فلا يكون متطوعًا.

وذكر الإمام قاضي خان في مسألة الكتاب: ولو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بأن حضر بئرًا أو ما أشبه ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله له ذلك وإن تضرر به صاحب العلو، وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر.

زاغت الشمس: مالت، سُميت المحلة بالزائغة لميلها من طرف إلى طرف.

والمستطيلة: أي: الطويلة من استطال بمعنى طال.

قوله: وَهِيَ غَيْرُ نَافِذَةٍ، يعنِي: كذاره نيست إلى الزائغة الثانية، وكذلك الزائغة الأولى أيضًا غير نافذة، هكذا ذكره الإمام التمرتاشي، والفقيه أبو الليث رحمهما الله، فقال الإمام

لِأَهْلِ الزَّائِغَةِ الأُولَى أَنْ يَفْتَحُوا بَابًا فِي الزَّائِغَةِ القُصْوَى) لِأَنَّ فَتْحَهُ لِلْمُرُورِ وَلَا حَقَّ لَهُمْ فِي المُرُورِ إِذْ هُوَ لِأَهْلِهَا خُصُوصًا حَتَّى لا يَكُونَ لِأَهْلِ الأُولَى فِيمَا بِيعَ فِيهَا حَقُّ الشُّفْعَةِ، بِخِلَافِ النَّافِذَةِ لِأَنَّ المُرُورَ فِيهَا حَقُّ العَامَّةِ. قِيلَ المَنْعُ مِنَ المُرُورِ لا مِنْ فَتْحِ البَابِ لِأَنَّهُ رَفَعَ بَعْضَ جِدَارِهِ. وَالأَصَحُّ أَنَّ المَنْعَ مِنَ الفَتْحِ لِأَنَّ بَعْدَ الفَتْحِ لا يُمْكِنُهُ المَنْعُ مِنَ المُرُورِ فِي كُلِّ سَاعَةٍ. وَلِأَنَّهُ عَسَاهُ يَدَّعِي الحَقَّ فِي القُصْوَى بِتَرْكِيبِ البَابِ.

التمرتاشي: سكة طويله غير نافذة في أسفلها من جانب اليمين أو الشمال رقيقة طويلة غير نافذة، فليس لأحد من أهل السكة أن يفتح بابًا على جدار له من الرقيقة؛ لأنَّه لا حقَّ له فيها، وذكر الفقيه أبو الليث: يعني إذا كانت السكة غير نافذة وفيها سكة أخرى عن يمينها أو شمالها، ولرجل في سكة دار بابها إلى السكة العظمى وبعض حوائطه إلى السكة الأخرى التي في هذه السكة، فأراد أن يفتح بابًا لهذه الدار في تلك السكة ليس له ذلك؛ لأنَّ تلك السكة خاصة لأهلها فصار بمنزلة دار بين قوم ليس لأحد أن يفتح فيها بابًا بغير إذنهم، كذا هذا، ألا ترى أنه لو بيعت دار في تلك السكة فالشفعة لهم خاصة دون أهل السكة العظمى فثبتَ أن تلك السكة لهم خاصة، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.[1]

قوله: قِيلَ المَنْعُ مِنَ المُرُورِ لا مِنْ فَتْحِ البَابِ لِأَنَّهُ رَفَعَ بَعْضَ جِدَارِهِ، أي: لأن فتح الباب رفع لبعض جداره وله أن يرفع جميع جداره بالهدم والنقض، فأَوْلَى أن يكون له أن ينقض بعضته لفتح الباب، ألا ترى أنه لو فتح كوةً أو باباً للاستضاءة دون المرور له ذلك.

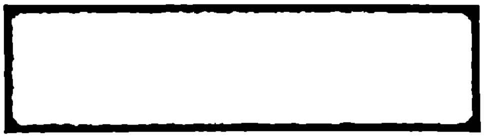
---

(١) توجد في بعض النسخ صورة مرسومة لهذه المسألة، ففي نسخة نور عثمانية - الأولى (ع١)، وفيض الله أفندي - الثانية (ف٢): صورتها:

ف٢



ع١



والنص في الصورتين: (يجب أن يكون باب هاتين الدارين إلى هذا الجانب، لا في الرقيقة).

(وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَدِيرَةً قَدْ لَزِقَ طَرَفَاهَا فَلَهُمْ أَنْ يَفْتَحُوا) بَابًا لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَقَّ الْمُرُورِ فِي كُلِّهَا إِذْ هِيَ سَاحَةٌ مُشْتَرَكَةٌ وَلِهَذَا يَشْتَرِكُونَ فِي الشُّفْعَةِ إِذَا بِيعَتْ دَارٌ مِنْهَا.

ولكن قال الإمام شمس الأئمة السرخسي: والأظهر أنه يمنع من تركيب الباب على الحائط في الزائغة الأخرى؛ لأنَّه إذا فعل ذلك وتقادم العهد ربَّما يدعي الشركة في الطريق في تلك الزائغة، ويستدل على ذلك بالباب المركَّب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع منه.

قوله: وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَدِيرَةً، أي: وإن كانت الزائغة الثانية مستديرة، يعنِي: سكَّة فيها إعوجاج حتى بلغ إعوجاجها رأس السكة فلكل واحد منهم أن يفتح بابه في أي موضع شاء؛ لأنَّها سكة واحدة من أولها إلى آخرها وهي بينهم على الشركة، ألا ترى أن حق الشفعة لهم جميعًا، وهذا إذا كانت السكة غير نافذة أيضًا، فإن كانت نافذة فهي لجماعة المسلمين فلا يمنع من الفتح فيها، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.[1]

وفي الحيطان أراد أن يبنى في داره تنّورًا للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين، أو رحًا للطحن، أو مدقات للقصارين لم يجز؛ لأنَّ ذلك يضرّ بجيرانه ضررًا فاحشًا لا يمكن التحرز عنه، وله أن يتخذ فيها حمامًا؛ لأنَّ ذلك لا يضر إلا بالنداوة والتحرز عنها ممكن بأن يبنى بين نفسه وبين جاره حائطًا بنورة.

قال الصدر الشهيد رحمه الله: والجملة في هذه أن القياس له ذلك كله؛ لأنَّه تصرف في ملكه، لكن ترك القياس وأخذ بالاستحسان لأجل المصلحة، قال: وكان والدي يفتي إذا كان

---

(١) توجد في بعض النسخ صورة مرسومة لهذه المسألة، ففي نسخة نور عثمانية - الأولى (ع١)، وفيض الله أفندي - الثانية (ف٢): صورتها:



ف٢



ع١

النص في صورة (ع١): (جاز لأهل هاتين الدارين أن يفتحوا الباب في كلتي السكتين).

والنص في صورة (ف٢): (جاز لأهل السكة أن يفتحوا الباب في كلتي السكتين).

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَى فِي دَارٍ دَعْوَى وَأَنْكَرَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ ثُمَّ صَالَحَهُ مِنْهَا فَهُوَ جَائِزٌ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الصُّلْحِ عَلَى الإِنْكَارِ) وَسَنَذْكُرُهَا فِي الصُّلْحِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى،

ضررًا بينًا يمنع وبه يفتى.

وعن أبي يوسف رحمه الله: اتخذ داره حمامًا وتأذّى الجيران من دخانها فلهم منعه، إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخانهم، ولو اتخذ داره حظيرة غنم والجيران يتأذون من نتن السرقين ليس لهم في الحكم منعه، ولو حفر في داره بئرًا فنزّ منها حائط جاره لم يكن له منعه، وقيل إذا كان يعلم ذلك لا محالة فله منعه، وهو خلاف قول أصحابنا.

سقط حائط بين دارين ولأحدهما عَوْرَاتٌ فطلب من جاره أن يساعده في البناء، قال أصحابنا: لا يجبر، وقال الفقيه رحمه الله: في زماننا يجبر، وقيل: إن كان يقع بصره في الصعود في دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ سترة، وإن كان يقع في سطحه فلا، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَمَنِ ادَّعَى فِي دَارٍ دَعْوَى وَأَنْكَرَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ ثُمَّ صَالَحَهُ مِنْهَا فَهُوَ جَائِزٌ، يريد به إذا كان المدَّعى مقدارًا معلومًا كالثلث ونحوه حتى تكون الدعوى صحيحة، فإن ادعى حقًّا فيها فإنما يصح الصلح إذا ادَّعى إقرار صاحب الدار بالحق فيها حتى تصح الدعوى، هكذا قيل، ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئًا لا تصح الدعوى، ولو ادعى أنه أقرَّ له بشيءٍ تصح الدعوى؛ لجهالة المدعى في الأول دون الثاني، كذا ذكره الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله في «الفوائد»، ثم قال: وكان والدي رحمه الله يقول:

الصلح عن الدعوى إنما يصح إذا كانت صحيحة، أمَّا إذا كانت فاسدة فلا؛ لأن الصلح إنما يصح لافتداء اليمين والافتداء إنما يكون إذا توجهت اليمين، واليمين إنما تتوجه إذا صحت الدعوى، أما إذا لم تصح فلا يكون الصلح افتداء، ولكن هذا على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه مشكل، فإن الرجل إذا ادعى على امرأة نكاحًا فأنكرت ثم صالحته على مال بذلته صحَّ الصلح، والصلح هاهنا لا يكون افتداء لليمين؛ لأنَّها لا تستحلف على قول أبي حنيفة رحمه الله ولكن يجب أن يقال: إن الصلح إنما يصح لدعوى الشَّغب وقطع الخصام،

وَالْمُدَّعِي وَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا فَالصُّلْحُ عَلَى مَعْلُومٍ عَنْ مَجْهُولٍ جَائِزٌ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ جَهَالَةٌ فِي السَّاقِطِ فَلَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ عَلَى مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَى دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهُ وَهَبَهَا لَهُ فِي وَقْتِ كَذَا فَسُئِلَ الْبَيِّنَةَ فَقَالَ جَحَدَنِي الْهِبَةَ فَاشْتَرَيْتُهَا مِنْهُ وَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ قَبْلَ الْوَقْتِ الَّذِي

وهذا المعنى يمكن تحقيقه في الدعوى الفاسدة؛ لأنَّ الدعوى وإن كانت فاسدة فالمدعي يمكنه إزالة الفساد بإعلام المدَّعى فيتحقق معنى الشغب والخصام وهذا يندفع بالصلح.

ولقب المسألة أن الصُّلْحَ عَلَى الإِنْكَارِ جائز عندنا، خلافًا للشافعي رحمه الله.

وذكر الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصَّغير»: ثم ذواليد لو أخذ مالًا من المدَّعي بالصلح على أن يسلّم إليه الدار جاز، وإنما يجوز باعتبار قوله أنَّها ملكي لا بمجرد يده، فكذا للمدعي إذا أخذ مالًا من المدعى عليه ليسلم له الدار؛ وهذا لأنَّ خبر كل مخبر معتبر شرعًا في حقه، فهو بهذا الصلح يزيل ملكه بعوضٍ يأخذه من ذي اليد، وذو اليد مع خصومته بما يعطيه يُبقى ملكه وذلك جائز.

وذكر الإمام المحبوبي: قال الشيخ الإمام أبو منصور رحمه الله: لم يعمل الشيطانُ في إيقاع العداوة والبغضاء بين المسلمين مثل عمل من أبطل الصلح على الإنكار؛ لما ذكرنا من امتداد المنازعات بين الناس.

قوله: وَمَنِ ادَّعَى دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهُ وَهَبَهَا لَهُ فِي وَقْتِ كَذَا فَسُئِلَ الْبَيِّنَةَ فَقَالَ جَحَدَنِي الْهِبَةَ فَاشْتَرَيْتُهَا، إلى آخره، يعني: ادعى رجل دارًا في يد رجل بأن صاحب اليد هذا وهب هذه الدار التي في يده لي منذ شهر مثلًا، وسلمها إليَّ وقبضتُها لنفسي وهذه الدار التي في يده ملكي بطريق الهبة والتسليم منه إليَّ، فطلبَ القاضي البينة من المدعي على دعواه هذه فقال المدعي: لم يكن لي بينة في حق الهبة ولكن لي بينة على الشراء منه؛ وذلك لأنِّي طالبتُ المدعى عليه هذا بأن أتصرف في هذه الدار؛ لأنَّها ملكي بطريق الهبة والتسليم منك، فجحد المدعى عليه هذا دعواي الهبة والتسليم منه فاضطررتُ إلى شراء الدار هذه منه؛ لإنكاره

يَدَّعِي فِيهِ الهِبَةَ لا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ) لِظُهُورِ التَّنَاقُضِ إِذْ هُوَ يَدَّعِي الشِّرَاءَ بَعْدَ الهِبَةِ وَهُمْ يَشْهَدُونَ بِهِ قَبْلَهَا، وَلَوْ شَهِدُوا بِهِ بَعْدَهَا تُقْبَلُ لِوُضُوحِ التَّوْفِيقِ، وَلَوْ كَانَ ادَّعَى الهِبَةَ

الهبة فاشتريتُها منه وأشهدتُ على الشراء منه شهودًا لئلا يجحد الشراء أيضًا كما جحد الهبة، وأقام شهودًا على الشراء والشهود يشهدون ولكن يشهدون على شرائه منذ شهرين لا تقبل بينته؛ لظهور التناقض وبيان التناقض من وجهين:

أحدهما: هو التناقض الناشي من المخالفة بين الدعوى والشهادة؛ وذلك لأنَّ المدعي قال: جحد في الهبة فاشتريتُها، وهذا يقتضي أن يكون الاستواء بعد تحقق الهبة والجحود منها؛ لأنَّ الفاء للتعقيب مع الوصل، والشهود يشهدون على تاريخ شراء قبل تاريخ الهبة فكانت مخالفة ظاهرة بين الدَّعوى والشهادة.

والثاني: هو ما يلزم من المناقضة في دعواه نفسها لو ثبت موجَب الشهادة، وهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة؛ لأنَّه حينئذٍ يكون قائلًا: وهبَ لي هذا الشيء وكان ملكًا لي بالشراء قبل الهبة، فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء؟ فلذلك لم يصح.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: ولمَّا أقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لم تقبل بينته؛ لأنَّه متناقض والتناقض يمنع صحة الدعوى، ولو ادعى تاريخ الشراء بعد التاريخ الذي ادعى الهبة فيه وقام على ذلك بينة تقبل لإمكان التوفيق هنا، وعدمه هناك، ثم لو لم يذكر للشراء تاريخًا تقبل البينة لإمكان الحمل على ما ينتفى به التناقض؛ لما أن الشراء حادث فيحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات وهو ما بعد تاريخ الهبة، وبهذا تبين أن التناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يمكن التوفيق، أمَّا إذا أمكن فلا، كذا ذكره في آخر «الجامع».

وصورة ما ذكر هناك: رجل ادعى دارًا في يد رجل أنَّها داره اشتراها من أبيه في حياته وصحته، وصاحب اليد ينكر دعواه فأقام المدعي على ذلك بينة فلم يزكِّ شهوده، أو لم تكن ببينة وحلف المدَّعى عليه ثم أقام المدعي بينة أنَّها داره ورثها من أبيه قبل القاضي بينته، ولا يكون دعواه الإرث تناقضًا، وبمثله لو ادعى الإرث من الأب أولًا ثم ادَّعى الشراء منه بعد ذلك وأقام على ذلك بينة، فالقاضي لا يقضى له بالدار لإمكان التوفيق في الأول دون الثانِي.

ثُمَّ أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ قَبْلَهَا وَلَمْ يَقُلْ جَحَدَنِي الهِبَةَ فَاشْتَرَيْتُهَا لَمْ تُقْبَلْ أَيْضًا، ذَكَرَهُ فِي بَعْضِ النُّسَخِ لِأَنَّ دَعْوَى الهِبَةِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالمِلْكِ لِلْوَاهِبِ عِنْدَهَا، وَدَعْوَى الشِّرَاءِ رُجُوعٌ عَنْهُ فَعُدَّ مُنَاقِضًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى الشِّرَاءَ بَعْدَ الهِبَةِ لِأَنَّهُ تَقَرَّرَ مِلْكُهُ عِنْدَهَا. (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ اشْتَرَيْتَ مِنِّي هَذِهِ الجَارِيَةَ فَأَنْكَرَ الآخَرُ إِنْ أَجْمَعَ

وذكر في «التَّمَّة» مُحالًا على شيخ الإسلام رحمه الله: أنه إذا كان التوفيق ممكنًا بين الدعوتين يصح ولا يُردّ، وإن كان المدعي لا يدعي التوفيق.

وفي «المحيط»: قيل: ما قالوا يُوفّق من غير دعوى المدعي قياس، وما قالوا لا يوفّق بدون دعواه التوفيق استحسان.

وذكر في دعوى «المبسوط»: ولو ادعى الصدقة في الدار منذ سنة ثم أقام البينة على الشراء منه منذ شهر لم تقبل، إلا أن يوفق ويقول: جحد في الصدقة فاشتريتُها منه فحينئذٍ يقضى بها له؛ لأنَّ من حيث الظاهر الشهادة مخالفة للدعوى إلا أن التوفيق ممكن، فقد يجحد المتصدِّق الصدقةَ فيشتريها منه المتصدَّق عليه بعد ذلك فيقبل البنية عند التوفيق، كما لو ادعى ألفـًا دينًا وشهد له الشهود بألف وخمسمائة لم يقبل إلا أن يوفق المدعي فيقول: حقي كان ألفًا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائةولم يعلم به الشهود.

وذكر الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في مسألة الكتاب «الجامع الصَّغير»: يُوضحه أن دعواه الهبة منه في وقت يكون إقرارًا بأنَّها كانت مملوكة له في ذلك الوقت، ثم دعواه الشراء قبل ذلك يكون رجوعًا عن ذلك الإقرار، وبالرجوع عن الإقرار لا يتمكن من إثبات الدار بالبينة، وأمَّا دعواه الشراء بعد ذلك يقرر إقراره بالملك له في ذلك الوقت فيتمكَّن من إثباته بالبينة.

وقوله: وَدَعْوَى الشِّرَاءِ رُجُوعٌ عَنْهُ، أي: ودعوى الشراء قبل الهبة.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ اشْتَرَيْتَ مِنِّي هَذِهِ الجَارِيَةَ فَأَنْكَرَ الآخَرُ - أي: المخاطب وهو المشتري - إِنْ أَجْمَعَ البَائِعُ - أي: عزم وقصد - عَلَى تَرْكِ الخُصُومَةِ وَسِعَهُ أَنْ يَطَأَهَا، أي:

البَائِعُ عَلَى تَرْكِ الخُصُومَةِ وَسِعَهُ أَنْ يَطَأَهَا) لِأَنَّ المُشْتَرِيَ لَمَّا جَحَدَهُ كَانَ فَسْخًا مِنْ جِهَتِهِ، إِذِ الفَسْخُ يَثْبُتُ بِهِ كَمَا إِذَا تَجَاحَدَا فَإِذَا عَزَمَ البَائِعُ عَلَى تَرْكِ الخُصُومَةِ تَمَّ الفَسْخُ، وَبِمُجَرَّدِ العَزْمِ وَإِنْ كَانَ لَا يَثْبُتُ الفَسْخُ فَقَدِ اقْتَرَنَ بِالفِعْلِ وَهُوَ إِمْسَاكُ

يجوز للبائع أن يطأها.

قوله: إِذِ الفَسْخُ يَثْبُتُ بِهِ، أي: بالجحود.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: لأنَّ المشتري لمَّا جحد جعل ذلك فسخًا؛ لأنَّ الجحود كناية عن الفسخ؛ لأنَّ الفسخ رفع العقد من الأصل والجحود إنكار للعقد من الأصل، فكان بينهما مناسبة فيجعل أحدهما مجازًا عن الآخر، وهذا فسخ من الأصل لكونه مضطرًّا إلى هذا الفسخ، ويبتني على هذه مسألةٌ ذكرها في بيوع «الجامع» وهي: أن الرجل لو اشترى من رجل عبدًا بألف درهم وتقابضا وباعه من آخر، فجحد المشتري الآخر البيع فخاصمه المشتري الأولُ إلى القاضي ولم يكن له بينة فعزم المشتري الأول على ترك الخصومة، ثم وجد به عيبًا كان عند البائع الأول فإن أراد ردَّه عليه فاحتج عليه البائع الأول بدعواه البيعَ على الثانِي فالقاضي يرده عليه، وهذا إذا عزم المشتري الأول على ترك الخصومة بعد تحليف الثانِي، أمَّا إذا عزم على ذلك قبل تحليفه ليس له أن يخاصم بائعه في الرد بالبيع؛ لأنَّه غير مضطر في فسخ البيع الثانِي لجواز أنه متى حلَّفه نكل فاعتُبِر بيعًا جديدًا في حق الثالث.

بخلاف النكاح؛ فإن الزوج إذا جحد النكاح واستُحلف عندهما فحلف وعزمت المرأة على تلك الخصومة لم يكن لها أن تتزوج بزوج آخر؛ لأنَّ النكاح لا يحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ بعد اللزوم فكذا بهذا السبب، بخلاف البيع.

وقوله: وَبِمُجَرَّدِ العَزْمِ وَإِنْ كَانَ لَا يَثْبُتُ الفَسْخُ، إلى آخره، جواب شبهة ذكرها الإمام المحبوبي رحمه الله صريحًا فقال:

فإن قيل: الحكم لا يثبت بمجرد العزم، قلنا: ونحن لا نثبته بمجرد العزم وإنما نثبته بالعزم واليمين.

الجَارِيَةِ وَنَقْلُهَا وَمَا يُضَاهِيهِ، وَلِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرِي فَاتَ رِضَا الْبَائِعِ فَيَسْتَبِدُّ بِفَسْخِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ أَنَّهُ قَبَضَ مِنْ فُلَانٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهَا زُيُوفٌ صُدِّقَ)،

وقوله: وَسِعَهُ أَنْ يَطَأَهَا، وقال زفر رحمه الله: لا يحل وطئها؛ لأنَّ البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يبعها أو لم يتقايلا، ولكنا نقول: مدَّع البيع إذا عزم على أن لا يخاصمه وأكّد ذلك بإمساكها فقد وجد منه ما يدلّ على الفسخ؛ لأنَّ الإمساك لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالةً، كمن قال لآخر: أجرتك هذه الدابة يومًا بكذا لتركبها إلى مكان كذا، فأخذها المستأجر ليركبها كان ذلك قبولًا دلالة؛ لأنَّ الأخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول، كذا هذا.

وذكر في «المحيط»: وتفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم، وقيل: أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفى بمجرَّد النية.

وقوله: وَنَقْلُهَا - أي: ونقل الجارية من موضع الخصومة إلى بيته - وَمَا يُضَاهِيهِ، كالاستخدام.

قوله: وَمَنْ أَقَرَّ أَنَّهُ قَبَضَ، أي: قبض الاستقراض، أو قبض ثمن سلعة باعها من المشتري، أو كان وجبَ للقابض على الذي قبض منه دراهم سبب من الأسباب.

وفي «الجامع الصَّغير» للإمام العتابي رحمه الله: رجل له على آخر عشرة جياد فقبض الدراهم ثم قال: إنَّها زيوف.

وذكر في آخر إقرار «المبسوط»: وإذا أقرَّ الطالب أنه قبض من ماله على فلان مائة درهم ثم قال: وجدتُّها زيوفًا فالقول قوله وصل أم فصل، فكان قوله في الكتاب: ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهَا زُيُوفٌ صُدِّقَ، محمول على هذا، أي: وصل أم فصل، وقد صرح بهذا في «الجامع الصَّغير» للإمام المحبوبي رحمه الله فقال: ثم هو مُصدق في مسألة الكتاب وصل أم فصل.

وذكر في باب الإقرار بالزيوف من «المبسوط»: رجل قال لفلان عليَّ ألف درهم

وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ اقْتَضَى، وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنِ القَبْضِ أَيْضًا. وَوَجْهُهُ أَنَّ الزُّيُوفَ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ إِلَّا أَنَّهَا مَعِيبَةٌ، وَلِهَذَا لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ جَازَ،

من ثمن مبيع، إلا أنَّها زيوف أو نبهرجة لم يصدق في دعوى الزيافة، وصل أم فصل في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وعلى قولهما يصدق إن وصل ولا يصدق إن فصل، ولو أقرَّ بالمال غصبًا أو وديعة وقال هي: نبهرجة أو زيوف صدق وصل أم فصل، ولو قال: عليَّ ألف درهم زيوف من غير ذكر التجارة والغصب فقد قال بعض مشايخنا: فهو على الخلاف أيضًا؛ لأنَّ مطلق الإقرار بالدين ينصرف إلى الالتزام بطريق التجارة، فهو وما لو بيَّن سبب التجارة سواء، ومنهم من قال: هاهنا يصدق إذا وصل بالاتفاق؛ لأنَّ صفة الجودة إنما تصير مستحقة بمقتضى عقد التجارة، فإذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة عليه، وهذا والحجج من الجانبين يجيء في باب الاستثناء من كتاب الإقرار من الكتاب إن شاء الله تعالى.

قوله: وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ - أي: نسخ «الجامع الصَّغير» - **اقْتَضَى**، يعني: ذكر لفظ: اقْتَضَى، مكان **قوله: قَبَضَ**.

قوله: وَوَجْهُهُ أَنَّ الزُّيُوفَ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ إِلَّا أَنَّهَا مَعِيبَةٌ، إلى أن قال: **فَيُصَدَّقُ**، فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين الرد بالعيب في البيع، فإن المشتري إذا اطلع على عيب في المشترى وجاء به البائع وقال: هذا العيب كان عندك وأنكر البائع ذلك فالقول قول البائع وهو المطلوب، وهاهنا جعل القول قول الطالب وهو رب المال.

قلتُ: الفرق هو أن حق المشتري هناك متعين في المعقود عليه، والمقبوض معقود عليه وإن كان معيبًا وقد أقرَّ بقبض حقه ثم بدعوى حدوث العيب يدَّعي لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قول المنكر، وهاهنا ما أقرَّ بقبض حقه وإنما أقرَّ بقبض الدراهم، وحقه في الجياد دون الدراهم المطلقة فلم يصر مقرًّا بقبض حقه، كذا ذكره الإمام المحبوبي.

قوله: وَلِهَذَا لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ جَازَ، وإنما عيَّنهما؛ لأنَّ استبدال شيء

وَالقَبْضُ لا يَخْتَصُّ بِالجِيَادِ فَيُصَدَّقُ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ قَبْضَ حَقِّهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ قَبَضَ الجِيَادَ أَوْ حَقَّهُ أَوِ الثَّمَنَ أَوِ اسْتَوْفَى لِإِقْرَارِهِ بِقَبْضِ الجِيَادِ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً فَلَا يُصَدَّقُ وَالنَّبَهْرَجَةُ كَالزُّيُوفِ،

آخر بمقابلة الدراهم لا يجوز فيهما خاصة، ولو لم تكن الزيوف من جنس الدراهم كان قبض الزيوف مكان الدراهم استبدالًا لجنس آخر بالدراهم فيبطل عقد الصرف والسلم حينئذٍ، كما يبطل عند قبض الستوقة، وقد ذكر في الصرف والسلم.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ قَبَضَ الجِيَادَ أَوْ حَقَّهُ أَوِ الثَّمَنَ أَوِ اسْتَوْفَى، أي: لا يصدق فيما إذا ادعى الزيافة بعد ذلك.

اعلم أنه جمع بين هذه المسائلِ الأربع في الجواب بأنه لا يصدق، وليس الحكم فيها على السواء؛ فإنه إذا أقرَّ بأنه قبض الدراهم الجياد ثم ادَّعى أنَّها زيوف فإنه لا يصدق لا مفصولاً ولا موصولًا، وفيما بقي لا يصدق مفصولًا ولكن يصدق موصولًا، والفرق هو أن في قوله: قبضتُ مالي عليه، أو حقي عليه، جعل مقرًّا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد، فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصحَّ، كما لو قال: لفلان عليَّ ألف إلا مائة، فأمَّا إذا قال: قبضتُ عشرة جيادًا فقد أقرَّ بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة، فإذا قال: إلا أنَّها زيوف، فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل، كمن قال: لفلان عليَّ مائة درهم ودينار إلا دينارًا، كان الاستثناء باطلًا وإن ذكره موصولًا، كذا هنا.

فإن قيل: يجب أن لا يصح استثناء الجودة وإن دخلت تحت الإقرار بلفظ واحد؛ لأنَّ الجودة تبعٌ للدراهم وصفة لها، واستثناء البيع موصولًا لا يصح كاستثناء البناء من الدار لا يصح وإن كان موصولًا.

قلنا: استثناء البناء إنما لا يصح؛ لأنَّها دخلت تحت اسم الدار تبعًا فلا يجوز إخراجه موصولًا، وأمَّا الجودة دخلت تحت اللفظ مقصودًا كالوزن؛ لأنَّه يقبض ما عليه، وكما عليه تسليم الوزن فعليه تسليم الجودة فكانت الجودة داخلة تحت قوله: مالي عليه، وحقي عليه مقصودًا لا تبعًا، وإخراج بعض ما دخل تحت اللفظ مقصودًا جائز إذا كان موصولًا.

وَفِي السَّتُّوقَةِ لا يُصَدَّقُ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ، حَتَّى لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ فِيمَا ذَكَرْنَا لَا يَجُوزُ. وَالزَّيْفُ مَا زَيَّفَهُ بَيْتُ المَالِ، وَالنَّبَهْرَجَةُ مَا يَرُدُّهُ التُّجَّارُ، وَالسَّتُّوقَةُ مَا يَغْلِبُ عَلَيْهِ الغِشُّ.

قوله: وَفِي السَّتُّوقَةِ لا يُصَدَّقُ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ، ذكر هذا الحكم مطلقًا وليس كذلك، فإنه ذكر في آخر كتاب الإقرار من «المبسوط»: ولو أقرَّ أنه قبض خمسمائة درهم من ماله على المطلوب فذكر حكم قوله: وجدتُّها زيوفًا، ثم قال: إن قال بعد ما سكت: هي رصاص لم يصدق، فإن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقةً، وإن قال هو موصولًا فالقول قوله؛ لأنَّ الرصاص من الدراهم صورةً وإن لم يكن من الدراهم معنًى، فكان بيانًا مغيرًا لظاهر كلامه إلى ما هو محتمل فيصح موصولًا وكذلك في السَّتوقة؛ لأنَّ الرصاص أبعد من الستوقة في إطلاق اسم الدراهم والحكم فيه هكذا، فيجب أن يكون في الستوقة كذلك بالطريق الأوْلَى.

ولأنه ذكر الإمام المحبوبي رحمه الله في «الجامع الصَّغير» مصرحًا وقال: فأمَّا إذا قال: وجدتها ستوقة أو رصاصًا، قال شيخ الإسلام خواهر زاده: ذكر محمد رحمهما الله أنه يصح إن كان موصولًا، وذكر قبل ذلك أيضًا: فإذا أقرَّ بقبض ما لَه عليه، أو بقبض حقه، أو قال: قبضتُ من الذي لي عليه، أو من الألف التي لي عليه، ثم قال بعد ذلك: وجدتها زيوفًا، أو نبهرجة، أو ستوقة، أو رصاصًا يصدق موصولًا لا مفصولًا، ثم فيما ذكر لا يمين على المطلوب أنَّها كانت جيادًا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو القياس، وقال أبو يوسف رحمه الله استحسانًا إذا اتهمتُه حلَّفتُه.

قوله: وَالزَّيْفُ مَا زَيَّفَهُ بَيْتُ المَالِ، أي: ردَّه، وذكر في «المغرب»: زافت عليه دراهمه، أي: صارت مردودةً عليه لغش فيها، وقد زيّفت أي: رُدَّت، وقيل: هي دون النبهرج في الردأة؛ لأنَّ الزيف ما يرده بيت المال، والنبهرج ما يرده التجار.

النَّبَهْرَجُ: الدرهم الذي فضته رديَّة، وقيل: النَّبَهْرَجُ: الدرهم الذي الغلبة فيه للفضة، وقد استعير لكل ردي باطل، ومنه: بُهرج دمُه إذا أبطل.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ لَك عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ لَيْسَ لِي عَلَيْك شَيْءٌ ثُمَّ قَالَ فِي مَكَانِهِ بَلْ لِي عَلَيْكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ) لِأَنَّ إقْرَارَهُ هُوَ الْأَوَّلُ وَقَدِ ارْتَدَّ بِرَدِّ الْمُقَرِّ لَهُ، وَالثَّانِي دَعْوَى فَلَا بُدَّ مِنَ الْحُجَّةِ أَوْ تَصْدِيقِ خَصْمِهِ، بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ لِغَيْرِهِ اشْتَرَيْتَ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ لَهُ أَنْ يُصَدِّقَهُ، لِأَنَّ أَحَدَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ لَا يَتَفَرَّدُ بِالْفَسْخِ

وَالسَّتُّوقَةُ: بالفتح أردأ من النبهرج، وعن الكرخي: الستوق عندهم ما كان الصفراء والنحاس هو الغالب الأكثر، وقيل: هو تعريب سيتُو، وذكر في «المبسوط» في باب الإقرار بالزيوف من كتاب الإقرار: السَّتُّوقَةُ: كالفلوس فإنه صفر مموه من الجانبين.

وقوله: ستوقة معرب سه طاقه، أي: الطاق الأعلى والأسفل فضة والأوسط صفر.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: لَك عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ: - أي: المقر له - لَيْسَ لِي عَلَيْك شَيْءٌ ثُمَّ قَالَ ... لِي عَلَيْكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، أي: فليس على المقر شيء؛ لأنَّ المقر به يحتمل الإبطال بالرد فارتد الإقرار بالرد، وهذا بخلاف ما لو أقرَّ بنسب عبده من إنسان فكذبه المقر له ثم ادَّعاه المقرّ لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنَّ الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتد بالرد، وفي رد المقر له المال لا يتفاوت بين أن يقول: ليس لي، أو قال: بل هو لك، أو قال: هو لفلان؛ لأنَّه لمَّا كذبه فقد بطل إقراره، ولو صدَّقه ثم رد إقراره لم يرتد، والإقرار لا يلزم إلا بتصديق المقر له، فإن أعاد المقر الإقرار بعد رد المقر له مرة فقال: بل لك عليَّ ألف درهم، فقال المقر له: أجل هو لي عليك أُخذ بها؛ لأنَّ الإقرار الأول وإن بطل بالتكذيب بقي الإقرار الثاني، وقد اتصل التصديق به فيُؤاخذ به، وهذا استحسان، والقياس أن لا يلزمه بالإقرار الثاني شيء.

ولو وهبت المرأة صداقها لزوجها فقبل ثم ردَّه كان ردّه باطلًا، وكذا لو قبل المديون البرآءة ثم ردَّ، وكذا لو قال لعبده: وهبتُ لك رقبتك فرد لا يرتد بالرد، هذا كله في رد المقرّ له إقرار المقرّ، وأمَّا لو ردَّ المقرُّ إقرار نفسه بأن أقرَّ البائع بقبض الثمن ثم ادعى أنه لم يقبض وأراد تحليف المشتري لا يحلف عند أبي حنيفة ومحمد، ويحلف عند أبي يوسف رحمهم

كَمَا لا يَتَفَرَّدُ بِالعَقْدِ، وَالمَعْنَى أَنَّهُ حَقُّهُمَا فَبَقِيَ العَقْدُ فَعَمِلَ التَّصْدِيقُ، أَمَّا المُقَرُّ لَهُ يَتَفَرَّدُ بِرَدِّ الإِقْرَارِ فَافْتَرَقَا.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَى عَلَى آخَرَ مَالًا فَقَالَ مَا كَانَ لَك عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ فَأَقَامَ المُدَّعِي البَيِّنَةَ عَلَى أَلْفٍ وَأَقَامَ هُوَ البَيِّنَةَ عَلَى القَضَاءِ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ) وَكَذَلِكَ عَلَى الإِبْرَاءِ.

الله، وكذا لو أقرَّ بالبيع ثم قال: كنتُ أقررتُ لكن لم أبِعْ، أو أقرَّ المشتري بقبض المشتَرَى ثم قال: كنتُ أقررتُ به لكن لم أقبض، أو أقرَّ بدين ثم ادعى أنه أقرَّ كاذبًا فأراد تحليف المقر له لم يحلَّف عندهما في المسائل كلها؛ لأنَّ الدعوى فاسدة للتناقض، كما لو قال: ليس لي على فلان شيء ثم ادَّعى عليه مالًا وأراد تحليفَه، أو قال: هذا الشيء لفلان ثم قال: هو لي وأراد تحليفه ليس له ذلك، كذا هنا.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يحلف لجريان العادة بالإشهاد على هذه الأشياء قبل تحققها تحرزًا عن امتناع الآخر عن الإشهاد بعد التسليم والانعقاد، وهذا كما لو قال المقر بالبيع والتسليم: إنِّي فعلتُ ذلك لكن البيع تلجئة وطلب يمين الآخر حلف عليه، كذا هنا.

قال شيخ الإسلام رحمه الله: وكذا هذا الخلاف في كل ما أقرَّ ثم ادعى أنه كان أقرَّ كاذبًا، قال الصدر الشهيد رحمه الله: الرأي في التحليف للقاضي، كذا ذكره الإمام المرغينانِي، والتمرتاشي، والمحبوبي رحمهم الله.

قوله: أَمَّا المُقَرُّ لَهُ يَتَفَرَّدُ بِرَدِّ الإِقْرَارِ، فإن الإقرار يرتد برد المقر له من غير قبول المقر، بخلاف البيع فإنه لمَّا ثبت بإقرار المقر لا ينفسخ بتكذيب المقر له؛ لأنَّ البيع لا ينفسخ بفسخ أحد المتعاقدين، فإذا عاد إلى تصديقه يعمل ويكون تصديقه قبل الإنكار وبعده سواء، كما أن البيع لا ينعقد إلا باتفاق البائع والمشتري، ولا ينفسخ أيضًا إلا بهما.

قوله: وَأَقَامَ هُوَ، أي: المدعى عليه.

قوله: قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ، لوضوح التوفيق فإنه يقول: ليس لك عليَّ شيء؛ لأنِّي قضيتك، أو لأنَّك أبرأتنِي، وكذلك لو قال: لم يكن عليَّ شيء قط ثم أقام بينته على القضاء أو الإبراء

وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا تُقْبَلُ لِأَنَّ القَضَاءَ يَتْلُو الوُجُوبَ وَقَدْ أَنْكَرَهُ فَيَكُونُ مُنَاقِضًا. وَلَنَا أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمْكِنٌ لِأَنَّ غَيْرَ الحَقِّ قَدْ يُقْضَى وَيُبْرَأُ مِنْهُ دَفْعًا لِلْخُصُومَةِ وَالشَّغَبِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ قَضَى بِبَاطِلٍ وَقَدْ يُصَالَحُ عَلَى شَيْءٍ فَيَثْبُتُ ثُمَّ يُقْضَى، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَيْسَ لَك عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ لِأَنَّ التَّوْفِيقَ أَظْهَرُ.

قبلت؛ لأنَّه يقول: قضيتك دفعًا لخصومتك مع أنه لم يكن عليَّ شيء، دلَّت المسألة على أن التوفيق إذا كان ممكنًا بين الكلامين يجب قبول البينة من غير دعوى التوفيق، وفي بعض المواضع بشرط دعوى التوفيق.

وذكر في البيوع والشهادات في كل موضع يصح الدَّعوى بالتوفيق لا بدَّ من دعوى التوفيق، لكن ذكر محمد رحمه الله في بعض المواضع دعوى التوفيق ولم يذكر في البعض، وفي الكل يشترط، ويحمل ما سكت على ما ذكر في «الأقضيَّة»: لا ينبغي للقاضي أن يوفق؛ لأنَّه نصب لفصل الخصومات لا لإنشائها، ولأن القاضي لا يدري ما يوفقه المدَّعي فلا ينبغي أن يقبل الشهادة وإن احتمل التوفيق.

نظيره إذا ادَّعى ألفًا فشهد له بألف وخمسمائة لا يقبل وإن احتمل التوفيق بأن يقول: كان لي عليه ألف وخمسمائة كما شهدا به إلا أنِّي أبرأتُ أو استوفيتُ خمسمائة ولم يعلم الشاهدان، وإنه لو وفق على هذا الوجه قبلت شهادتهما ومع هذا قبل التوفيق لا يقبل، ولا يحمل على الموافقة وإن احتمل، وكان والدي رحمه الله يفتي بأن التوفيق إذا كان ممكنًا يجب على الحاكم أن يوفق، حتى لا يتعطل حجج الله تعالى التي شرعها لعباده لفصل خصوماتهم.

واستدل الخصاف رحمه الله على مسألة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال: ألا ترى أنه لو ادعى على رجل دم عمد فلمَّا ثبتَ عليه أقام المدَّعى عليه بينته على الإبراء أو العفو أو الصلح معه من ذلك على مال يقبل، وكذا لو ادَّعى رقبة جارية فأنكرت وأقام البينة على رقيتها ثم أقامت هي بينة على أنه أعتقها أو كاتبها على ألف وإنَّها أدت إليه تقبل، كذا هنا، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

(وَلَوْ قَالَ مَا كَانَ لَك عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ وَلا أَعْرِفُكَ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ عَلَى القَضَاءِ) وَكَذَا عَلَى الإِبْرَاءِ لِتَعَذُّرِ التَّوْفِيقِ لِأَنَّهُ لا يَكُونُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، أَخْذٌ وَإِعْطَاءٌ وَقَضَاءٌ وَاقْتِضَاءٌ وَمُعَامَلَةٌ بِدُونِ المَعْرِفَةِ. وَذَكَرَ القُدُورِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ تُقْبَلُ أَيْضًا لِأَنَّ المُحْتَجِبَ أَوِ المُخَدَّرَةَ قَدْ يُؤْذَى بِالشَّغْبِ عَلَى بَابِهِ فَيَأْمُرُ بَعْضَ وُكَلَائِهِ بِإِرْضَائِهِ وَلا يَعْرِفُهُ ثُمَّ يَعْرِفُهُ بَعْدَ ذَلِكَ فَأَمْكَنَ التَّوْفِيقُ.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَى عَلَى آخَرَ أَنَّهُ بَاعَهُ جَارِيَتَهُ فَقَالَ لَمْ أَبِعْهَا مِنْكَ قَطُّ فَأَقَامَ المُشْتَرِي البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ فَوَجَدَ بِهَا أُصْبُعًا زَائِدَةً فَأَقَامَ البَائِعُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ بَرِئَ إِلَيْهِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَةُ البَائِعِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهَا تُقْبَلُ اعْتِبَارًا بِمَا ذَكَرْنَا.

قوله: وَلَوْ قَالَ مَا كَانَ لَك عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ وَلا أَعْرِفُكَ، ولا رأيتك، ولا جرى بيني وبينك مخالطة، ولا خلطة، ولا أخذ، ولا إعطاء، ولا اجتمعتُ أنا وأنت في موضع، وما أشبهه، ثم أقام بينته على القضاء، أو على الإبراء لا تقبل.

قوله: وَذَكَرَ القُدُورِيُّ، عن أصحابنا رحمهم الله أن بينة القضاء تقبل؛ لأنَّ الرجل يدعي على رجل محتجب فيؤذيه بالشغب، إلى أن قال: فَأَمْكَنَ التَّوْفِيقُ، فعلى هذا قالوا: لو كان المدعى عليه ممن يتولى للأعمال بنفسه لا تقبل بينته.

وفي «الشَّافي»: لم أدفع إليه شيئًا ثم ادَّعى الدفع لم يسمع؛ لأنَّه يستحيل أن يقول: لم أدفع إليه شيئًا وقد دفعتُه، أمَّا لو ادَّعى إقرارَه بالدفع إليه، أو القضاء ينبغي أن يسمع؛ لأنَّ المناقض هو الذي يجمع بين الكلامين وهنا لم يجمع، ولهذا لو صدقه المدَّعي عيانًا لا يكون مناقضًا، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: فَوَجَدَ بِهَا أُصْبُعًا زَائِدَةً، خصّ هذا العيب بالذكر ليثبت أنه عيب قديم كان في يد البائع؛ لأنَّه لايحدث مثله في مثل تلك المدة.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهَا تُقْبَلُ اعْتِبَارًا بِمَا ذَكَرْنَا، وهو التوفيق في الدين؛

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ شَرْطَ الْبَرَاءَةِ تَغْيِيرٌ لِلْعَقْدِ مِنِ اقْتِضَاءِ وَصْفِ السَّلَامَةِ إِلَى غَيْرِهِ فَيَسْتَدْعِي وُجُودَ الْبَيْعِ وَقَدْ أَنْكَرَهُ فَكَانَ مُنَاقِضًا، بِخِلَافِ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ قَدْ يُقْضَى وَإِنْ كَانَ بَاطِلًا عَلَى مَا مَرَّ. قَالَ: (ذِكْرُ حَقٍّ كُتِبَ فِي أَسْفَلِهِ، وَمَنْ قَامَ بِهَذَا الذِّكْرِ

لأنَّه لو أنكر الدين أصلًا ثم ادَّعى قضاه فإنه يسمع ولا يكون مناقضًا لاحتماله التوفيق على ما ذكرنا، فكذا هنا.

ثم وجه التوفيق هاهنا هو أن يكون البائع وكيلًا من المالك في البيع فكان المالك في قوله: ما بعتُها صادقًا، ثم المالك في دعواه برأته من كل عيب لا يكون مناقضًا، ونظير ما ذكره أبو يوسف رحمه الله من التوفيق ما ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله فقال: أقام بينة على الشراء وذو اليد منكر ثم أقام المنكر بينة على أن المدَّعي قد رد المبيع عليَّ قبلت ولا يبطل إنكاره البيع البينة؛ لأنَّه يقول: أخذها منِّي ببينة كاذبة ثم استقلتُه فأقالني، فإذا أمكن الجمع بينهما أجمع.

وذكر شيخ الإسلام: يجب أن لا يتناقض؛ لأنَّه زعم أنه لم يبع ثم ادَّعى البيع والفسخ، والجواب عنه أنه إنما تتحقق المناقضة إذا لم يمكن التوفيق بين الكلامين وقد أمكن بأن يقول: لم أبع بنفسي وإنما باعه وكيلي ثم فسختُ البيع فيحمل عليه، ويجعل كأنه نصَّ عليه.

قوله: وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ شَرْطَ الْبَرَاءَةِ تَغْيِيرٌ لِلْعَقْدِ، أي: شرط البراءة عن العيب تغيير لصفة العقد عن اقتضاء صفة السلامة إلى غيره، وذلك لايتصور بدون البيع؛ لأنَّ الصفة بدون الموصوف لا تتصور، فإذا بطل التوفيق لزم التناقض.

وأمَّا في المسألة الأولى وهي مسألة الدين، فإن هناك تقبل بينة المدَّعى عليه على القضاء والإبراء بعد إنكاره أصل الدين؛ لأنَّ التوفيق هناك ممكن، فمن حجته أن يقول: ما كان لك عليَّ شيء قط غير أنِّي دفعتُ المال قطعًا للخصومة والملازمة، فلمَّا جحدتني أثبته بالبينة، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: ذِكْرُ حَقٍّ كُتِبَ فِي أَسْفَلِهِ، والمراد من ذكر الحق الصكّ، يعني: لو كتب صكّ

الحَقِّ فَهُوَ وَلِيٌّ مَا فِيهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، أَوْ كُتِبَ فِي شِرَاءٍ فَعَلَى فُلَانٍ خَلَاصُ ذَلِكَ وَتَسْلِيمُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى بَطَلَ الذِّكْرُ كُلُّهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى هُوَ عَلَى الخَلَاصِ وَعَلَى مَنْ قَامَ بِذِكْرِ الحَقِّ، وَقَوْلُهُمَا اسْتِحْسَانٌ ذَكَرَهُ فِي الإِقْرَارِ) لِأَنَّ الاِسْتِثْنَاءَ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَلِيهِ لِأَنَّ الذِّكْرَ لِلاِسْتِيثَاقِ، وَكَذَا الأَصْلُ فِي الكَلَامِ الاِسْتِبْدَادُ، وَلَهُ أَنَّ الكُلَّ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ بِحُكْمِ العَطْفِ فَيُصْرَفُ إِلَى الكُلِّ كَمَا فِي الكَلِمَاتِ المَعْطُوفَةِ مِثْلِ قَوْلِهِ عَبْدُهُ حُرٌّ وَامْرَأَتُهُ

الشراء ثم كتب في آخره: ما أدرك فلاناً فيه من درك فعلى فلان خلاصُه إن شاء الله، أو كتب: ذكر إقرار على نفسه، وذكر في آخره: فمن قام بذكر هذا الحق فهو وليٌّ ما فيه إن شاء الله، أراد بذلك من أخرج هذا الصك وطلبَ ما فيه من الحق فله ولاية ذلك إن شاء الله، قال أبو حنيفة رحمه الله: الصك باطل والاستثناء منصرف إلى الكل، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الشِّراء صحيح والمال لازم والاستثناء منصرف إلى ضمان الدرك، وإلى من قام بذكر الحق خاصَّة دون ما تقدم؛ لأنَّ الاستثناء ينصرف إلى ما يليه خصوصًا إذا قامت الدلالة عليه، وقد قامت الدلالة هنا؛ لأنَّ الصك إنما يكتب لأجل التوفيق، وصرف الاستثناء إلى الكل يبطل التوثق؛ ولأن الظاهر أنَّهم وصلوا الاستثناء في الكلمات إلى ما يليه، ألا ترى أنه لو كتب كتابًا إلى بعض إخوانه أو وكلائه وقال في آخره: في أن يفعل كذا وكذا إن شاء الله، فإن الاستثناء ينصرف إلى آخره دون الكل.

قوله: وَلَهُ أَنَّ الكُلَّ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ بِحُكْمِ العَطْفِ، وما قالاه من العادة في الكتب أن يُترك فرجة بين فصل وفصل، أو كتب بخط على حدة: فإن فعلوا كذلك لا ينصرف الاستثناء إلى الكل، وإنما ينصرف إلى ما يليه؛ لأن الفرجة في الصّكوك بمنزلة السكوت حالة النطق، وبيان الوصف أنه لو قرأ على المقرّ ما في الصكّ فقال: نعم، ينصرف قوله نعم إلى جميع ما في الصك، حتى يحل للسامع أن يشهد عليه بجميع ما في الصك، ولم يقتصر نعم على ما يليه، فكذلك الاستثناء يجب أن لا يقتصر على ما يليه.

طَالِقٌ وَعَلَيْهِ الْمَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللهِ تَعَالَى إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى؛ وَلَوْ تَرَكَ فُرْجَةً قَالُوا: لَا يَلْتَحِقُ بِهِ وَيَصِيرُ كَفَاصِلِ السُّكُوتِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

فإن قيل: لأي فائدة يكتب في الصك: ومن قام بهذا الذكر فهو وليُّ ما فيه؟ قلنا: لأنَّ معناه: من قام بإثبات هذا الحق فهو وليُّ ما فيه، وإنما يكتب هذا ليثبت رضا المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه عند أبي حنيفة رحمه الله، فإن التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح.

فإن قيل: وبهذا لا يجوز أن يثبت الرضا بالتوكيل من المقرّ؛ لأنَّه رضاء بتوكيل مجهول فيكون وجود هذا الرضاء وعدمه بمنزلة، كما لو أقرَّ بمجهول، قلنا: إنما يصح هذا الرضا وإن حصل بتوكيل مجهول؛ لأنَّه إسقاط حقه فإن للمقر أن لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر، فإن الناس يتفاوتون في الخصومة، فإذا رضى فقد أسقط حقَّ نفسه، وإسقاط الحق مع الجهالة جائز كما في الصلح على الإنكار، بخلاف الإقرار فإنه إظهار حق الغير وليس بإسقاط فلا يصح للمجهول.

ثم الصك إنما يكتب للتحصين إذا لم يكن في آخره إن شاء الله، كالإقرار لإحياء الحق إذا لم يكن في آخره إن شاء الله، وهذا الاستثناء في كتب الرسالة إنما يكتب للتبرك عرفًا دون النفي، ألا ترى أنه لا يبطل هناك ما يليه وهاهنا يبطل ما يليه بالإجماع.

وقيل: إنما أدخل الناس هذا - أي: قولَه: ومن قام بهذا الذكر فهو وليُّ ما فيه - في شروطهم تحرزًا عن قول ابن أبي ليلى لا عن قول أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأنَّ التحرز عن قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يحصل بهذا؛ لأنَّه بهذا يثبت الرضا بوكالة وكيل مجهول، والرضاء بوكالة وكيل مجهول باطل فوجوده كعدمه، وإنما يقع بهذا الاحتراز عن قول ابن أبي ليلى فإنه يقول: لا يصح التوكيل بالخصومة من غير رضاء الخصم، إلا أنه إذا وجد الرضاء بوكالة وكيل مجهول بالخصومة فحينئذٍ يجوز، فبهذا يقع الاحتراز عن مذهب ابن أبي ليلى لا عن مذهب غيره، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والإمام المحبوبي رحمهما الله.

قوله: وَلَوْ تَرَكَ فُرْجَةً - أو ترك بخط على حدة - **قَالُوا: لَا يَلْتَحِقُ بِهِ**، أي: بالاستثناء

....

في آخره لا يبطل الكل، والمراد من الفرجة هو أن يترك شيء من البياض قبيل قوله: ومن قام بهذا الذكر، ليكون ذلك البياض فصلًا بين صكّ الشراء أو صكّ الإقرار وبين قوله: ومن قام بهذا الذكر، لينصرف الاستثناء إلى قوله: ومن قام بهذا الذكر، لا إلى صك الشراء أو الإقرار.

ثم لو بطلت الوكالة بتوكيل مجهول على قول أبي حنيفة رضي الله عنه بانصراف الاستثناء إلى قوله: ومن قام بهذا الذكر، على قول البعض على ما ذكرنا لم يبطل صك الشراء أو صك الإقرار بالإجماع، فكان في صرف الاستثناء إلى من قام فائدة، وهي عدم بطلان الصك، والله تعالى أعلم بالصَّواب.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي القَضَاءِ بِالمَوَارِيثِ)

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ نَصْرَانِيٌّ فَجَاءَتِ امْرَأَتُهُ مُسْلِمَةً وَقَالَتْ أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَالَتِ الوَرَثَةُ أَسْلَمَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ فَالقَوْلُ قَوْلُ الوَرَثَةِ) وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: القَوْلُ قَوْلُهَا لِأَنَّ الإِسْلَامَ حَادِثٌ فَيُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ الأَوْقَاتِ. وَلَنَا أَنَّ سَبَبَ الحِرْمَانِ ثَابِتٌ فِي الحَالِ فَيَثْبُتُ فِيمَا مَضَى تَحْكِيمًا لِلْحَالِ كَمَا فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ؛ وَهَذَا ظَاهِرٌ نَعْتَبِرُهُ لِلدَّفْعِ؛ وَمَا ذَكَرَهُ يَعْتَبِرُهُ لِلِاسْتِحْقَاقِ؛ وَلَوْ مَاتَ المُسْلِمُ وَلَهُ امْرَأَةٌ نَصْرَانِيَّةٌ فَجَاءَتْ مُسْلِمَةً بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَالَتْ أَسْلَمْتُ قَبْلَ مَوْتِهِ وَقَالَتِ الوَرَثَةُ أَسْلَمَتْ بَعْدَ مَوْتِهِ فَالقَوْلُ قَوْلُهُمْ أَيْضًا.

فصل في القضـاء بالمواريث

لمَّا كان الموت آخر أحوال العبد في الدنيا ذكر الأحكامَ المتعلقة به آخر ما ذكر من أحكام القضاء.

قوله: تَحْكِيمًا لِلْحَالِ كَمَا فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ، يعني: إذا اختلف الآجر والمستأجر في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه بعد مضي مدَّة يجعل الحال حكمًا فيه، حتى لو كان الماء جاريًا في الحال كان القول قول الآجر، وهذا حكم باستصحاب الحال في حق ما مضى، بخلاف المفقود فإن هناك حكمًا باستصحاب حال الماضي في حق الحال التي هي الآن، فعُلِم بهذا أن العمل بالاستصحاب تارة يكون من الماضي إلى الحال كما في المفقود، وتارة يكون من الحال إلى الماضي كما في مسألة الطاحونة فالقول لهم أيضًا.

وَلا يُحَكَّمُ الحَالُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ لا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلاسْتِحْقَاقِ وَهِيَ مُحْتَاجَةٌ إِلَيْهِ، أَمَّا الوَرَثَةُ فَهُمُ الدَّافِعُونَ وَيَشْهَدُ لَهُمْ ظَاهِرُ الحُدُوثِ أَيْضًا.

قوله: وَلا يُحَكَّمُ الحَالُ، أي: لا يقال: إنَّها مسلَّمة في الحال فيجب أن يكون مسلمة قبل موت زوجها كما في مسألة الطاحونة؛ لأنَّ إسلامها حادث والأصل في الحوادث أن يحال بحدوثها على أقرب الأوقات، فالحاصل أن المرأة تتمسك في هذه المسألة بما به الورثة يتمسكون في المسألة الأولى، والورثة في هذه المسألة يتمسكون بما به تمسكت المرأة في المسألة الأولى، غير أنَّها في المسألتين تتمسك بالظاهر لإثبات استحقاق أمر لم يكن، والظاهر يكفي لدفع الاستحقاق لا لإثبات الاستحقاق، والورثة هم الدافعون في المسألتين جميعًا، والفرق بين المسألتين أن الحال حجة من حيث الظاهر فيصلح للدفع والتأكيد دون الإثبات وحاجة الورثة إلى الدفع، ويصلح الظاهرُ شاهدًا لهم وحاجة المرأة إلى الإثبات فلا يصلح الظاهر حجة لها.

ولا يلزم على ما قلنا مسألة الإجارة إذا كان الماء جاريًا وقت الخصومة لجعل الحال حجة لصاحب الطاحونة في إيجاب الأجر؛ لأنَّ ثمَّة اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد واختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد وإبقاء ما كان، وفي مسألة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهم في الدين عند الموت فلا يصلح شاهدًا لها، ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة» هذا السؤال والجواب وغيرهما بعبارة أخرى فقال:

فإن قيل: لِمَ لا يجوز التمسك بالحال لإثبات ما لم يكن فالظاهر أنه يجوز له ذلك، فإن في مسألة الطاحونة يُحكم الحال فإن كان الماء جاريًا في الحال يقضى بالأجر على المستأجر واستحقاق الآجر لم يكن، ومع هذا يجوز التمسك بالحال لإثبات استحقاق أجر لم يكن، وكذلك استحقاق الورثة القدرَ الذي وقع الاختلاف فيه لم يكن ومع هذا يقضى به تمسكًا بالحال.

قلنا له: نحن ادَّعينا أن التمسك بالحال لا يجوز لإثبات أمر لم يكن في موطن يُعدم سبب الاستحقاق للحال، لا في موطن يكون سبب الاستحقاق قائمًا، وسبب استحقاقها وهو

قَالَ: (وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ فِي يَدِ رَجُلٍ أَرْبَعَةُ آلافِ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً فَقَالَ المُسْتَوْدَعُ هَذَا ابْنُ المَيِّتِ لا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ فَإِنَّهُ يَدْفَعُ المَالَ إِلَيْهِ) لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّ مَا فِي يَدِهِ حَقُّ الوَارِثِ خِلَافَةً فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ حَقُّ المُوَرِّثِ وَهُوَ حَيٌّ أَصَالَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ لِرَجُلٍ

الزوجية معدوم للحال؛ لأنَّ الزوجية لم تبق بالموت وسبب الاستحقاق للورثة وهو القرابة قائم للحال، وهكذا نقول في الإجارة: سبب استحقاق الأجرة قائم للحال وهو الإجارة.

فإن قيل: هذا يشكل بمسألة ذكرها محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا مات الرجل وترك ابنين فقال أحد الابنين: ماتَ أبي مسلماً وقد كنتُ مسلماً حال حياته، وقال الآخر: صدقتَ وكنتُ مسلماً أيضًا أسلمتُ حال حياته، وكذبه الابن المتفق على إسلامه وقال: إنما أسلمتَ بعد موت الأب، فالقول قول الابن المتفق على إسلامه ولم يجعل الحال حكماً على إسلام الابن المختلف في إسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة.

قلنا: ما ذكرنا من الطريق إنما يصار إليه إذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال، أمَّا إذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير أنَّهما اختلفا في مقداره فلا يصار إلى تحكيم الحال وإن كان السبب قائمًا، ألا ترى أن في مسألة الطاحونة إذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الإجارة بأن قال المستأجر: كان الماء منقطعًا شهرين، وقال صاحب الطاحونة: لا بل انقطع الماء شهرًا، فالقول قول المستأجر مع يمينه منقطعًا كان الماء أو جاريًا في الحال؛ لأنَّهما اختلفا في جريان مقدر أو انقطاع مقدر، وذلك غير ثابت في الحال، وفي مسألة الابنين ومسألة الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الإسلام لا في نفس الإسلام أنه كان أو لم يكن، والثابت في الحال نفس الإسلام لا إسلام مقدر فهذا هو المأخذ في المسألة.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله مسألةً وهي ترد شبهةً أيضًا على الأصل، وهو أن الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقالك لو ادعت المرأة أنه أبانَها في المرض، يعنِي: صار هو فارًّا به وقالت الورثة في الصحة، فالقول قول المرأة؛ لأنَّها أنكرت المانع وهو الطلاق في الصحة، يعنِي والأصل عدم المانع.

أَنَّهُ وَكِيلُ المُودِعِ بِالقَبْضِ أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ حَيْثُ لا يُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِقِيَامِ حَقِّ المُودِعِ إِذْ هُوَ حَيٌّ فَيَكُونُ إِقْرَارًا عَلَى مَالِ الغَيْرِ، وَلا كَذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ، بِخِلَافِ المَدْيُونِ إِذَا أَقَرَّ بِتَوْكِيلِ غَيْرِهِ بِالقَبْضِ لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا فَيَكُونُ إِقْرَارًا عَلَى نَفْسِهِ فَيُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ (فَلَوْ قَالَ المُودَعُ لِآخَرَ هَذَا ابْنُهُ أَيْضًا وَقَالَ الأَوَّلُ لَيْسَ لَهُ ابْنٌ غَيْرِي قَضَى بِالمَالِ لِلْأَوَّلِ) لِأَنَّهُ لَمَّا صَحَّ إِقْرَارُهُ لِلْأَوَّلِ انْقَطَعَ يَدُهُ عَنِ المَالِ فَيَكُونُ هَذَا إِقْرَارًا عَلَى الأَوَّلِ فَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ لِلثَّانِي، كَمَا إِذَا كَانَ الأَوَّلُ ابْنًا مَعْرُوفًا، وَلِأَنَّهُ حِينَ أَقَرَّ لِلْأَوَّلِ لا مُكَذِّبَ لَهُ فَصَحَّ، وَحِينَ أَقَرَّ لِلثَّانِي لَهُ مُكَذِّبٌ فَلَمْ يَصِحَّ.

قوله: أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ، أي: أن الرجل المقر له اشترى عين الوديعة من مودِعه، ثم في فصل الشراء إنما لا يؤمر بالدفع مع أن المودَع أقرَّ بزوال ملك المودع؛ لأنَّ إقراره حجة قاصرة عليه فلا يصح في حق الغير كما في حق قبض الوديعة بالوكالة.

قوله: بِخِلَافِ المَدْيُونِ إِذَا أَقَرَّ بِتَوْكِيلِ غَيْرِهِ، أي: أقرَّ المديون بأن هذا الرجل الذي هو غير المديون قَبِل الوكالة عن ربّ الدين بأن يقبض دينَه عن المديون.

ولفظ الإمام قاضي خان وغيره: بخلاف ما إذا أقرَّ المديون لرجل أنه وكيل صاحب الدين بقبض الدين حيث يؤمر بالدفع؛ لأنَّ المديون يقضيه من مال نفسه؛ لأنَّ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، فكان إقرار المديون بأنه وكيل بالمطالبة والقبض إقرارًا على نفسه بوجوب القضاء إليه.

وفي «الفوائد الظهيريَّة»: ففي فصل الوديعة إذا لم يؤمر بالتسليم ومع هذا سلم ثم أراد الاسترداد هل له ذلك؟ ذكر شيخ الإسلام علاء الدين رحمه الله أنه لا يملك الاسترداد؛ لأنَّه ساع في نقض ما أوجبه، وكان والدي يحكي عن أستاذه ظهير الدين المرغيناني رحمهما الله أنه كان يتردد في جواب هذه المسألة، وفي فصل الوديعة إذا لم يؤمر بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن؟ قيل: لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن؛ لأنَّ المنع من وكيل

قَالَ: (وَإِذَا قُسِمَ المِيرَاثُ بَيْنَ الغُرَمَاءِ وَالوَرَثَةِ فَإِنَّهُ لا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ كَفِيلٌ وَلا مِنْ وَارِثٍ وَهَذَا شَيْءٌ احْتَاطَ بِهِ بَعْضُ القُضَاةِ وَهُوَ ظُلْمٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالا: يُؤْخَذُ الكَفِيلُ،

المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع، والمنعُ من المودِع يوجب الضمان فكذا من وكيله، واختلف في الملتقط لو أقرَّ باللقطة لرجل هل يؤمر بالدفع؟ وفي «الجامع»: لو ادعى الوصاية فصدقه مودَع الميت، أو غاصبُه، أو وصيُّه لا يؤمر بالدفع، ولو قال المودع لآخر: هذا ابنه أيضًا قضى بالمال للأول.

فإن قيل: كان ينبغي أن يضمن المودع للابن الثاني الذي أقرَّ له المودَع بأنه ابن الميت أيضًا، كما لو بدأ المودَع بالإقرار لغير القاضي المعزول بالوديعة ثم أقرَّ بتسليم القاضي إليه، وقد ذكر في أدب القاضي من الكتاب أنه يضمن القاضي المعزول قيمته.

قلنا: هاهنا يضمن أيضًا إذا دفع الوديعة إلى الابن الأول بغير قضاء القاضي نصف ما أدَّى إلى الأول.

قوله: وَإِذَا قُسِمَ المِيرَاثُ بَيْنَ الغُرَمَاءِ، أو بين الورثة قال: لا آخذ من الغريم ولا من الوارث كفيلًا.

قوله: وَهَذَا - أي: أخذ الكفيل - **شَيْءٌ احْتَاطَ بِهِ بَعْضُ القُضَاةِ ... وَقَالا: يُؤْخَذُ الكَفِيلُ**، أي: لا يدفع المال إليهم حتى يأخذ الكفيل، وهذا الذي ذكره وهو الدفع إلى المدعي إنما يصح أن لو كان وارثًا ممن لا يُحجب بغيره، وأمَّا إذا كان يحجب فالحكم بخلافه.

وذكر هذه المسألة في «أدب القاضي» للصدر الشهيد رحمه الله فقال: وإذا حضر الرجل وادعى دارًا في يدي رجل أنَّها كانت لأبيه ماتَ وتركها ميراثًا له وأقام على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم لكن قالوا: تركها ميراثًا لورثته فإنه لا تقبل هذه الشهادة، ولا يدفع إليه شيئًا حتى يقيم بينة على عدد الورثة؛ لأنَّهم ما لم يشهدوا على عدد الورثة لا يصير نصيب هذا الواحد معلومًا، والقضاء بغير المعلوم متعذر، وهنا ثلاثة فصول:

وَالمَسْأَلَةُ فِيمَا إِذَا ثَبَتَ الدَّيْنُ وَالإِرْثُ بِالشَّهَادَةِ وَلَمْ يَقُلِ الشُّهُودُ لا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا

(١) الأول هذا، وهو ما لم يشهد الشهود على عدد الورثة ولم يعرفوهم.

(٢) والفصل الثاني: لو شهد الشهود أنه ابنه ووارثه لا يعرف له وارثاً غيره فإن القاضي يقضي بجميع التركة له من غير تلوّم.

(٣) والفصل الثالث: إذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار، ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم: لا نعرف له وارثًا غيره، فإن القاضي يتلوّم زمانًا على قدر ما يرى، فإن حضر وارثٌ غيره قسم المال بينهم، وإن لم يحضر دفع الدار إليه.

وهل يأخذ كفيلًا بما دفع إليه؟ قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يأخذ، ثم إنّما يدفع إلى الوارث الذي حضر جميع المال بعد التلوم إذا كان هذا الوارث ممن لا يحجب بغيره كالاب والابن، وأمّا إذا كان يحجب بغيره كالجد والأخ والعم لا يدفع المال إليه، وأمّا إذا كان ممن لا يُحجب بغيره لكن يختلف نصيبه كالزوج والزوجة يدفع إليه، أقلّ النصيبين، أو أوفر النصيبين؟ قال محمد رحمه الله: أوفر النصيبين وهو النصف للزوج والربع للمرأة، وقال أبو يوسف رحمه الله: أقلّ النصيبين، وقول أبي حنيفة رحمه الله مضطرب.

قوله: وَالمَسْأَلَةُ فِيمَا إِذَا ثَبَتَ الدَّيْنُ وَالإِرْثُ، بالإقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق.

وقال الإمام التمرتاشي رضي الله عنه وعن أبويه: ولو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه شيئاً فالقاضي يتأنى في ذلك زمانًا على حسب ما يرى، وذكر بكر رحمه الله: أن في كل موضع ذكر تلوّم القاضي يكون ذلك مفوّضًا إلى القاضي، وقدَّر الطحاوي رحمه الله مدة التلوم بالحول، فإن لم يظهر وارث آخر أمر بدفع المال ويأخذ كفيلًا لاحتمال أن يظهر وارث آخر.

قيل: هذا قولهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يأخذ، وقيل يأخذ عند الكل؛ لأنَّ الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة.

قوله: وَلَمْ يَقُلِ الشُّهُودُ لا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا غَيْرَهُ، أمّا إذا قالوا: لا نعلم له وارثًا غيره دفع

غَيْرَهُ. لَهُمَا أَنَّ القَاضِيَ نَاظِرٌ لِلْغُيَّبِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ فِي التَّرِكَةِ وَارِثًا غَائِبًا أَوْ غَرِيمًا غَائِبًا، لِأَنَّ المَوْتَ قَدْ يَقَعُ بَغْتَةً فَيُحْتَاطُ بِالكَفَالَةِ. كَمَا إِذَا دَفَعَ الآبِقَ وَاللُّقَطَةَ إِلَى صَاحِبِهِ وَأَعْطَى امْرَأَةَ الغَائِبِ النَّفَقَةَ مِنْ مَالِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ حَقَّ الحَاضِرِ ثَابِتٌ قَطْعًا، أَوْ ظَاهِرًا فَلَا يُؤَخَّرُ لِحَقٍّ مَوْهُومٍ إِلَى زَمَانِ التَّكْفِيلِ،

إليه من غير كفيل ولا تأنٍّ عندهم، سواء كان وارثًا يُحجب بحال أو لا، ولو قالوا: لا وارث غيره فكذلك استحسانًا، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: كَمَا إِذَا دَفَعَ الآبِقَ وَاللُّقَطَةَ إِلَى صَاحِبِهِ، يعني: أن القاضي إذا دفع العبد الآبق واللقطة إلى رجل أثبتَ عنده أنه صاحبه أخذ منه كفيلًا بما دفع للمعنى الذي ذكرنا، وهو أن القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه.

قوله: وَأَعْطَى امْرَأَةَ الغَائِبِ النَّفَقَةَ مِنْ مَالِهِ، يعني: أن المرأة إذا كانت تستنفق وزوجها غائب وله عند إنسان وديعةٌ والمودع مقرّ بالوديعة والنكاح، فالقاضي يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلًا، كذا في «المبسوط»، و«الفوائد الظهيريَّة».

قوله: أَنَّ حَقَّ الحَاضِرِ ثَابِتٌ قَطْعًا - أي: فيما إذا كان وارثًا آخر معدومًا قطعًا - أَوْ ظَاهِرًا، أي: فيما إذا كان وارث آخر موجودًا في الواقع، ولكن القاضي لم يكلف بإظهاره على وجه يؤخر حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده من الحجة، فكان العمل عليه بالظاهر واجبًا.

قوله: فَلَا يُؤَخَّرُ لِحَقٍّ مَوْهُومٍ - أي: لا يؤخر الدفع - إِلَى زَمَانِ التَّكْفِيلِ، بسبب أمر موهوم ولا يقابل الموهوم المعلوم، فلا يؤخر القاضي تسليم حقه إليه إلى إعطاء الكفيل، أرأيتَ لو لم يجد كفيلًا أكان يمنع حقه هذا ظلمٌ منه.

ولأنه لو أخذ الكفيل إنما يأخذ بمجهول والكفالة بمجهول لا يصح، ولا يقال: يأخذ الكفيل لنفسه؛ لأنَّه ليس بخصم، ولا يقال: يأخذ للميت؛ لأنَّ حق الميت في تسليم ماله إلى وارثه، وقد أثبت الحاضرُ وراثتَه فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل.

كَمَنْ أَثْبَتَ الشِّرَاءَ مِمَّنْ فِي يَدِهِ أَوْ أَثْبَتَ الدَّيْنَ عَلَى العَبْدِ حَتَّى بِيعَ فِي دَيْنِهِ لا يَكْفُلُ، وَلِأَنَّ المَكْفُولَ لَهُ مَجْهُولٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا كُفِلَ لِأَحَدِ الغُرَمَاءِ بِخِلَافِ النَّفَقَةِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الزَّوْجِ ثَابِتٌ وَهُوَ مَعْلُومٌ. وَأَمَّا الآبِقُ وَاللُّقَطَةُ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ

فإن قلتَ: قد ذكر في «الأسرار»: أن القاضي يلتوّم في هذه الصورة بالإجماع، وكذلك ذكرتُه أيضًا من «أدب القاضي» للصدر الشهيد رحمه الله: بأن القاضي يتلوّم في هذه الصورة، والتلومُ إنما كان لتوهم وارث أو غريم آخر، وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة فيجب أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة، ويدفع المالَ إلى الحاضر لقيام الحجة؛ لأنَّ الحجة راجحة على الشبهة فأظهرنا رجحانها في الدفع إليه، فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق التكفيل عملًا بالجهتين.

قلتُ: لا يجوز للقاضي منع حقّ المستحق إلى معنًى آخر بعد ظهوره يقينًا شرعًا لوهم غير ثابت؛ لما أنَّ العمل بالتوهم باطل؛ لأنّه ليس بحجة والعمل بغير الحجة جورٌ، ألا ترى أن الوهم قائم بعد شهادة الشهود أنه لا وارث له غيره، وليست الكفالة كالتلوّم فإن القاضي في التلوّم يحتاط لنفسه بطلب علم زائد في انتفاء الشريك معه بالاستحقاق بقدر الممكن، ليقوم الاستخبار مدة التلوّم مقام شهادة الشهود بأنه لا وارث له غيره، فإن هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة؛ لأنَّ الشهادة على النفي باطلة ولكنه خبرٌ، وبالتلوّم والاستخبار يحصل للقاضي هذا المعنى، فيتمّ علمه بقدر الممكن فلزمه ذلك.

وأمَّا الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجب إلا بتوجه حق عليه من وجه، ولا يتوجه هاهنا على ما ذكرنا بأنه وهم والوهم ليس بحجة، وربَّما لا يجده فكان منع حقه بلا سببٍ ظلمًا، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: كَمَنْ أَثْبَتَ الشِّرَاءَ، إلى **قوله:** لا يَكْفُلُ، أي: لا يؤخذ الكفيل من المشتري الذي أثبت شراءه بالحجة، ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذين أثبت دينه على العبد حتى بيع العبد لأجل دينه، وإن كان يتوهم حضور مشترٍ آخر قبله، وغريم آخر في حق العبد.

قوله: بِخِلَافِ النَّفَقَةِ، فإن المكفول له وهو الزوج معلوم فالتكفيل لأجله يكون واجبًا.

وأمَّا في اللقطة والآبق إنما يؤخذ الكفيل؛ لأنَّ هناك إنما تعطى بالعلامة والعلامة

عَلَى الخِلَافِ. وَقِيلَ إِنْ دَفَعَ بِعَلَامَةِ اللُّقَطَةِ أَوْ إِقْرَارِ العَبْدِ يَكْفُلُ بِالإِجْمَاعِ لِأَنَّ الحَقَّ غَيْرُ ثَابِتٍ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يُمْنَعَ. وَقَوْلُهُ ظُلْمٌ: أَيْ مَيْلٌ عَنْ سَوَاءِ السَّبِيلِ، وَهَذَا يَكْشِفُ عَنْ مَذْهَبِهِ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ المُجْتَهِدَ يُخْطِئُ وَيُصِيبُ لا كَمَا ظَنَّهُ البَعْضُ.

لا توجب الاستحقاق، ألا ترى أن له أن يمنع فكان له أن يؤخر إلى زمان الكفيل، حتى لو ظهر الاستحقاق بالبينة كان التأخير إلى غاية التكفيل على هذا الاختلاف، كذا ذكره الإمام المرغيناني، والإمام المحبوبي رحمهما الله.

قوله: وَهَذَا يَكْشِفُ عَنْ مَذْهَبِهِ - أي: مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه - **أَنَّ المُجْتَهِدَ يُخْطِئُ وَيُصِيبُ**، فإن قوله: وهو ظلمٌ، دليل على أن المجتهد يخطئ، بل هو نصّ عليه فإن القاضي مجتهد، ويقرر بهذا أن أصحابنا المتقدمين براء من أهل الاعتزال، كذا قاله الإمام المحبوبي رحمه الله.

وقول من قال: كل مجتهد مصيب، ينزع إلى قول أهل الاعتزال؛ لما أن عندهم الأصلح للعباد واجب على الله تعالى، فكان صيانة الله تعالى المجتهدين عن الخطاء وتقريرهم على الصواب واجبًا عليه، فيلزم من هذا ضرورة أن يقال: كل مجتهد مصيب.

ونسبوا هذا القول وهو قولهم: كل مجتهد مصيب، إلى أبي حنيفة رحمه الله وهو المراد بقوله في الكتاب: **لا كَمَا ظَنَّهُ البَعْضُ**، وإنما وقعوا في هذا الظنّ بسبب ما نُقل عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال ليوسف بن خالد السمتيّ: وكل مجتهد مصيب والحق عند الله واحدٌ، وقلنا نحن: معنى هذا الكلام أي: أخطأ ما عند الله تعالى وهو مصيبٌ في حق عمله، فإن الأصحَّ عند علمائنا أن يقال: هو مخطئ للحق عند الله مصيب في حق عمله، وبذل مجهوده في طلب الحق، حتى أن عمله به يقع صحيحًا شرعًا كأنه أصابَ الحق عند الله تعالى.

وقال محمد بن الحسن في كتاب الطلاق: إذا تلاعن الزوجان ثلاثـًا ثلاثـًا ففرق القاضي بينهما نفذ قضاؤه، وقد أخطأ السنة فجعل قضاؤه في حقه صوابًا مع فتواه أنه مخطئ الحق عند الله تعالى، كذا في «التقويم».

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتِ الدَّارُ فِي يَدِ رَجُلٍ وَأَقَامَ الآخَرُ البَيِّنَةَ أَنَّ أَبُوهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخُوهُ فُلَانِ الغَائِبِ قُضِيَ لَهُ بِالنِّصْفِ وَتَرَكَ النِّصْفَ الآخَرَ فِي يَدِ الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ وَلَا يَسْتَوْثِقُ مِنْهُ بِكَفِيلٍ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: إِنْ كَانَ الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ جَاحِدًا أُخِذَ مِنْهُ وَجُعِلَ فِي يَدِ أَمِينٍ، وَإِنْ لَمْ يَجْحَدْ تُرِكَ فِي يَدِهِ) لَهُمَا أَنَّ الجَاحِدَ خَائِنٌ فَلَا يُتْرَكُ المَالُ فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ المُقِرِّ لِأَنَّهُ أَمِينٌ.

قوله: وَلَا يَسْتَوْثِقُ مِنْهُ - أي: من صاحب اليد - **بِكَفِيلٍ**، وهذا بالإجماع، وإنما الخلاف في أخذ النصف الباقي للأخ الغائب، وتركه في يد صاحب اليد.

قوله: وَقَالَا: إِنْ كَانَ الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ جَاحِدًا أُخِذَ مِنْهُ، وهذا استحسان، ووجهه أن القاضي مأمور بالنظر للغائب، وإذا كان ذو اليد مقرًّا فالنظر في تركه في يده لظهور أمانته عنده، وإذا كان منكرًا فليس من النظر تركه في يده؛ لأنَّه قد ظهرت خيانته مرَّة بالجحود فلا بأس من أن يجحد فيتعذَّر على الغائب إذا حضر استيفاءَ حقه منه؛ لأنَّ الحجة لا توجد في كل وقت، فكان النظر في إخراجه من يده ووضعه على يد عدل.

ولأن ذا اليد إن كان منكرًا لا يمتنع من التصرف فيه عدلًا كان أو غير عدل فإنه يزعم أنه مالك، والعدل لا يمتنع من التصرف فيما عنده أنه ملكه، وإن كان مقرًّا يمتنع من التصرف فيه فيجوز تركه في يده.

وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء ملكه فيجعل في حق الغائب وجود حضوره كعدمه، وقد عرفها القاضي في يد ذي اليد فلا يتعرض لها إلا بخصم يحضر، كما لو عرف القاضي ملكًا لإنسان ثم رآه في يد غيره لم يتعرض له ما لم يحضر خصمه، فكذا هنا.

ولأن هذا مختار الميت في حفظها، والذي يضعها على يده ليس بمختار الميّت ولا مختار وارثه، فصار هذا نظير الإقرار، والفرق الذي ذكراه ساقط فإنه بعدما صار مسجّلًا مثبتًا في خريطة القاضي يؤمن جحود ذي اليد؛ لعلمه أنه لا يلتفت إلى ذلك ويؤمن تصرفه فيه؛

وَلَهُ أَنَّ القَضَاءَ وَقَعَ لِلْمَيِّتِ مَقْصُودًا وَاحْتِمَالُ كَوْنِهِ مُخْتَارَ المَيِّتِ ثَابِتٌ فَلَا تُنْقَضُ يَدُهُ كَمَا إِذَا كَانَ مُقِرًّا وَجُحُودُهُ قَدِ ارْتَفَعَ بِقَضَاءِ القَاضِي، وَالظَّاهِرُ عَدَمُ الجُحُودِ فِي المُسْتَقْبَلِ لِصَيْرُورَةِ الحَادِثَةِ مَعْلُومَةً لَهُ وَلِلْقَاضِي، وَلَوْ كَانَتِ الدَّعْوَى فِي مَنْقُولٍ فَقَدْ قِيلَ يُؤْخَذُ مِنْهُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الحِفْظِ وَالنَّزْعُ أَبْلَغُ فِيهِ، بِخِلَافِ العَقَارِ لِأَنَّهَا مُحَصَّنَةٌ بِنَفْسِهَا وَلِهَذَا يَمْلِكُ الوَصِيُّ بَيْعَ المَنْقُولِ عَلَى الكَبِيرِ الغَائِبِ

لعلمه أن القاضي لا يمكنه منه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَهُ أَنَّ القَضَاءَ لِلْمَيِّتِ وَقَعَ مَقْصُودًا؛ وذلك لأنَّ القضاء بالميراث هنا قضاءٌ بملك الميت حتى يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه،

كذا في «الجامع» لقاضي خان.

قوله: وَجُحُودُهُ قَدِ ارْتَفَعَ بِقَضَاءِ القَاضِي، هذا جواب عن قولهما وهو قوله: أَنَّ الجَاحِدَ خَائِنٌ.

قوله: وَالظَّاهِرُ عَدَمُ الجُحُودِ، هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال: فإنه لمَّا حجد مرة فالظاهر أنه يدوم على جحوده، فقال عن هذا: بل الظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي.

فإن قلتَ: هذا مسلم على تقدير بقاء القاضي وتذكره لقضائه فربَّما يموت القاضي، وكذلك الشهود الذين عاينوا القضاء، أو يحترق المحضر، أو ينسي القاضي قضاه، قلتُ: خوف التَّوى والتلف بموت القاضي والشهود، ونسيان القاضي على تقدير احتراق محاضره مما يشذّ ويندر، ولا يبالى بالشواذ والنوادر، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَالنَّزْعُ أَبْلَغُ فِيهِ، أي: في المنقول، وإنما كان الأخذ منه أبلغ؛ لأنَّه ظهر جحود ذي اليد فيتصرف فيه إمَّا لخيانته، أو لزعمه أنه ملكه على ما ذكرنا، وأمَّا إذا وضعه القاضي في يد أمين كان هو عدلًا ظاهرًا فكان الأخذ أبلغ من الترك في الحفظ، والمنقول يحتاج إلى الحفظ.

دُونَ العَقَارِ، وَكَذَا حُكْمُ وَصِيِّ الأُمِّ وَالأخِ وَالعَمِّ عَلَى الصَّغِيرِ. وَقِيلَ المَنْقُولُ عَلَى الخِلَافِ أَيْضًا، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِيهِ أَظْهَرُ لِحَاجَتِهِ إِلَى الحِفْظِ، وَإِنَّمَا لا يُؤْخَذُ الكَفِيلُ لِأَنَّهُ إِنْشَاءُ خُصُومَةٍ وَالقَاضِي إِنَّمَا نُصِبَ لِقَطْعِهَا لا لِإِنْشَائِهَا، وَإِذَا حَضَرَ الغَائِبُ لا يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ البَيِّنَةِ وَيُسَلَّمُ النِّصْفُ إِلَيْهِ بِذَلِكَ القَضَاءِ؛

قوله: وَكَذَا حُكْمُ وَصِيِّ الأُمِّ وَالأخِ وَالعَمِّ عَلَى الصَّغِيرِ، وإنما خصَّهم؛ لأنَّه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ، وهذا من باب الحفظ.

قوله: وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِيهِ - أي: في المنقول - أَظْهَرُ، يعني: من المشايخ من قال: ففي المنقول أيضًا اختلافٌ، فلو كان على الاختلاف فقول أبي حنيفة رحمه الله بأنه يترك نصيب الغائب في يد صاحب اليد أظهر من حيث الدليل؛ لأنَّه لو ترك فيه كان مضمونًا عليه، ولو أخذ لا يكون مضمونًا على الذي يضعه القاضي في يده؛ لأنَّه أمين فكان الترك أبلغ في الحفظ، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهُ إِنْشَاءُ خُصُومَةٍ، أي: لأنَّ أخذ الكفيل إنشاء خصومة؛ لأنَّ ذا اليد ربما لا يسامحُ في دفع الكفيل والأخ الحاضر يطالبه بالكفيل فينشأ الخصومة، وأمَّا في سائر الصور التي تؤخذ بالتكفيل فقد تقدمت سوابق الخصومة، فكان أخذ الكفيل هناك قطعًا للخصومات المتقدمة فيجوز.

قوله: وَإِذَا حَضَرَ الغَائِبُ لا يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ البَيِّنَةِ، أي: في حق أخذ نصيبه من صاحب اليد.

وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله عن بعض مشايخنا: أن على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن يعيد البيّنة؛ لأنَّ تلك البينة للحاضر خاصة، كما في القصاص إذا أقام الحاضر البينة أن فلانًا قتل أباه عمدًا ثم حضر الغائب يحتاج إلى إعادة البينة على قوله خاصة، فكذلك هاهنا.

وقال بعضهم: لا يحتاج إلى إعادة البينة؛ لأنَّ بينة الحاضر كانت لنفسه وللغائب إلا أنه

لِأَنَّ أَحَدَ الوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنِ البَاقِينَ فِيمَا يَسْتَحِقُّ لَهُ وَعَلَيْهِ دَيْنًا كَانَ أَوْ عَيْنًا لِأَنَّ المَقْضِيَّ لَهُ وَعَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ المَيِّتُ فِي الحَقِيقَةِ وَوَاحِدٌ مِنَ الوَرَثَةِ يَصْلُحُ خَلِيفَةً عَنْهُ فِي ذَلِكَ، بِخِلَافِ الِاسْتِيفَاءِ لِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ عَامِلٌ فِيهِ لِنَفْسِهِ فَلَا يَصْلُحُ نَائِبًا عَنْ غَيْرِهِ، وَلِهَذَا لا يَسْتَوْفِي إِلَّا نَصِيبَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَامَتِ البَيِّنَةُ بِدَيْنِ المَيِّتِ، إِلَّا أَنَّهُ إِنَّمَا يَثْبُتُ اسْتِحْقَاقُ الكُلِّ عَلَى أَحَدِ الوَرَثَةِ إِذَا كَانَ الكُلُّ فِي يَدِهِ. ذَكَرَهُ فِي

لم يظهر دعوى الغائب، فإذا ظهر دعواه قضى له بتلك البينة، كما في القتل الخطأ إذا أقام الحاضرُ البينة ثم حضر الغائب يأخذ نصفَ الدية ولا يحتاج إلى إعادة البينة، كذا هاهنا، وذكر الشيخ الإمام على البزدوي رحمه الله: أن هذا القول أصح.

قوله: لِأَنَّ أَحَدَ الوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنِ البَاقِينَ، إلى **قوله**: بِخِلَافِ الِاسْتِيفَاءِ لِنَفْسِهِ، وحاصل ذلك أن هذه البينة في استحقاق جميع الدار للميت مقبولة بالإجماع؛ لأنَّ أحد الورثة ينتصب خصمًا فيما يستحق على الميت وللميت، حتى لو ادعى رجل على أحدهم دينًا على الميت وأقام البينة عليه يثبت في حق الكل، وكذا لو ادعى أحدهم دينًا للميت على آخر وأقام البينة عليه يثبت في حق الكل؛ وهذا لأنَّهم خصماء عن الميت فيقوم كل واحد منهم فيما يستحق على الميت وله، كالوكيلين للخصومة إذا غاب أحدهما كان للآخر أن يخاصم لهذا المعنى، ثم لا يدفع إلى الحاضر إلا نصيبه بالإجماع؛ لأنَّه لا ولاية له على الغائب في نصيبه، وإنما ينتصب خصمًا عنه فيما يرجع إلى خلافه المورث، وقبض نصيب الغائب ليس من ذلك في شيء، فلا يتمكن الحاضر منه كما لا يتمكن من بيع نصيب الغائب، هذا كله مما ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

وقوله: إِلَّا أَنَّهُ إِنَّمَا يَثْبُتُ اسْتِحْقَاقُ الكُلِّ عَلَى أَحَدِ الوَرَثَةِ، استثناء عن **قوله**: لِأَنَّ أَحَدَ الوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ، إلى **قوله**: وَعَلَيْهِ، يعني: أن أحدًا لو ادعى على أحد الورثة دينًا على الميت يكون هو خصمًا في جميع الدين فيما إذا كانت التركة جميعًا في يد ذلك الوارث الذي هو المدعَى عليه، وما لا فلا؛ لأنَّه لا خصومة بدون اليد.

الجَامِعِ لِأَنَّهُ لا يَكُونُ خَصْمًا بِدُونِ اليَدِ فَيَقْتَصِرُ القَضَاءُ عَلَى مَا فِي يَدِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ مَالِي فِي المَسَاكِينِ صَدَقَةٌ فَهُوَ عَلَى مَا فِيهِ الزَّكَاةُ، وَإِنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ فَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ) وَالقِيَاسُ أَنْ يَلْزَمَهُ التَّصَدُّقُ بِالكُلِّ، وَبِهِ قَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ - لِعُمُومِ اسْمِ المَالِ،

قوله: وَمَنْ قَالَ مَالِي فِي المَسَاكِينِ صَدَقَةٌ فَهُوَ عَلَى مَا فِيهِ الزَّكَاةُ، ومعنى **قوله:** فَهُوَ عَلَى مَا فِيهِ الزَّكَاةُ، أي: يجب عليه صدقة جميع ما يملكه من أجناس الأموال التي تجب فيها الزكاة كالنقدين، ومال السوائم، وأموال التجارة بقليلها وكثيرها، ويمسك قوته، فإذا أصابَ شيئًا بعد ذلك تصدق بما أمسك بعد ما وجب عليه التصدق في **قوله:** مَالِي فِي المَسَاكِينِ صَدَقَةٌ، في جنس الأموال التي تجب فيها الزكاة على ما ذكرنا لا يُفرق بعد ذلك بين قدر النصاب وما دونه؛ لأنَّ ذلك تتعلق به الزكاة إذا انضم إليه غيره فكأنَّهم اعتبروا الجنس دون القدر، ولهذا قالوا: إذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه أن يتصدق به، فإن قضى به دينه لزمه التصدق عند تملكه؛ لأنَّ المعتبر جنسُ ما تجب فيه الزكاة وإن لم تكن واجبة، وقال أبو يوسف: قياس قول أبي حنيفة رحمهما الله فيمن حلف لا يملك مالًا ولا نية له وليس له مال تجب فيه الزكاة، أنه لا يحنث؛ لأنَّ إطلاق اسم المال لا يتناوله، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

ولا يجب عليه التصدق بالأموال التي لا تجب في حبسها الزكاة كالعقار، والرقيق، وأثاث المنازل، وثياب البذلة وغير ذلك، ذكر هذه المسألة في «المبسوط» في كتاب الهبة وقال: فإن قال: جميع ما أملك صدقة في المساكين، فعليه أن يتصدّق لجميع ما يملك من الصامت، ومال السّوائم، وأموال الزكاة، ولا يتصدق بالعقار والرقيق وغير ذلك استحسانًا، وفي القياس عليه أن يتصدق بجميع ذلك، وهو قول زفر رحمه الله، وزعم بعض مشايخنا أن في قوله: جميع ما أملكه يتصدق بالكل قياسًا واستحسانًا، وإنما القياس والاستحسان في قوله: مالي صدقة، أو جميع مالي صدقة، والأصح أنَّهما سواء.

كَمَا فِي الوَصِيَّةِ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ إيجَابَ العَبْدِ مُعْتَبَرٌ بِإِيجَابِ اللهِ تَعَالَى فَيَنْصَرِفُ إيجَابُهُ إِلَى مَا أَوْجَبَ الشَّارِعُ فِيهِ الصَّدَقَةَ مِنَ المَالِ. أَمَّا الوَصِيَّةُ فَأُخْتُ المِيرَاثِ؛

قوله: كَمَا فِي الوَصِيَّةِ، فإنه لو أوصى بثلث ماله لإنسان ينصرف إلى جميع ماله ولا يختص بمال الزكاة، بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، وذلك يتناول الأموال كلها، وقال عليه الصلاة والسلام: «من ترك مالًا فلورثته» وهو يتناول الأموال كلها، كذا هاهنا.

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ إيجَابَ العَبْدِ مُعْتَبَرٌ بِإِيجَابِ اللهِ تَعَالَى، ألا ترى أنه لو قال: لله عليَّ إطعام، انصرف إلى إطعام عشرة مساكين استدلالًا بإيجاب الله تعالى في كفارة اليمين، فكذلك هاهنا.

ثم ما أوجب الله تعالى من الصدقات مضافًا إلى مال مطلق وهو قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣]، يتناول مال الزكاة خاصة فكذلك فيما يوجبه العبد على نفسه، بخلاف الوصية؛ لأنَّا لم نجد في الوصية إيجابًا من الشرع تقيد بمال الزكاة لا غير حتى ينصرف إيجابه إليه، فلذلك انصرف إلى الأموال كلها؛ ولأن الوصية أخت الميراث من حيث أنَّها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت كالميراث، ثم الميراث لا يختص بمال الزكاة فكذلك الوصية، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

ولا يرد على قولنا: إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى الاعتكاف، فإنه يجب بإيجاب العبد مع أن الله تعالى لم يوجب من جنسه؛ لأنا نقول: بل أوجب الله تعالى على العباد من جنسه معنى وهو الوقوف بعرفات، فإن في كل منهما حبس النفس على العبادة في مكان؛ أو لأن الاعتكاف انتظار لأوقات الصلوات، ولهذا اختصّ جوازه بالمسجد الذي يصلى فيه بالجماعة، والمنتظر إلى الصلاة كأنه في الصلاة في الحديث والصلاة عبادة واجبة بإيجاب الله تعالى، فيصح من هذا أن يقال: إيجاب العبد على نفسه الاعتكاف اعتبر بإيجاب الله تعالى الصلاة.

لِأَنَّهَا خِلَافَةٌ كَهِيَ فَلَا يَخْتَصُّ بِمَالٍ دُونَ مَالٍ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ الْتِزَامُ الصَّدَقَةِ مِنْ فَاضِلِ مَالِهِ وَهُوَ مَالُ الزَّكَاةِ، أَمَّا الوَصِيَّةُ تَقَعُ فِي حَالِ الِاسْتِغْنَاءِ فَيَنْصَرِفُ إِلَى الكُلِّ وَتَدْخُلُ فِيهِ الأَرْضُ العُشْرِيَّةُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهَا سَبَبُ الصَّدَقَةِ، إِذْ جِهَةُ الصَّدَقَةِ فِي العُشْرِيَّةِ رَاجِحَةٌ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - لا تَدْخُلُ لِأَنَّهَا سَبَبُ المُؤْنَةِ، إِذْ جِهَةُ المُؤْنَةِ رَاجِحَةٌ عِنْدَهُ، وَلا تَدْخُلُ أَرْضُ الخَرَاجِ بِالإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ يَتَمَحَّضُ مُؤْنَةً. وَلَوْ قَالَ مَا أَمْلِكُهُ صَدَقَةٌ فِي المَسَاكِينِ فَقَدْ قِيلَ يَتَنَاوَلُ كُلَّ مَالٍ؛

قوله: لِأَنَّهَا خِلَافَةٌ كَهِيَ، أي: لأنَّ الوصية خلافة كالوراثة من حيث أنَّهما يُثبتان ملكاً بعد الموت، والحاجة إلى الوصية والميراث في مال الزكاة وغير مال الزكاة سواء.

قوله: فَلَا يَخْتَصُّ بِمَالٍ دُونَ مَالٍ، حتى أن الله تعالى أَوْجَب حق الموارث في كل عين ودين.

قوله: لِأَنَّهَا سَبَبُ الصَّدَقَةِ، وهي العشر فصارت الأراضي العشريَّة بمنزلة أموال التجارة، من حيث أن كلًّا منهما من جنس الأموال التي يجب فيها الصدقة.

قوله: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ لا تَدْخُلُ، وذكر الإمام التمرتاشي قول أبي حنيفة مع قول محمد رحمهم الله.

قوله: لِأَنَّهُ - أي: الأرض العشرية على تأويل المكان - سَبَبُ المُؤْنَةِ، أو أعطى المبتدأ وصف الخبر كما في قوله تعالى: ﴿قَالَ هَٰذَا رَبِّي﴾ [الأنعام: ٧٦]، ثم لمَّا كانت هي من أسباب المؤنة عنده صارت هي مثل عبيد الخدمة، فلا تدخل في قوله: مالي في المساكين صدقة.

قوله: لِأَنَّهُ يَتَمَحَّضُ مُؤْنَةً، أي: لأنَّ الخراج يخلص مؤنة؛ لأنَّ مصرفه المقاتِلةُ وفيهم الأغنياء.

قوله: فَقَدْ قِيلَ يَتَنَاوَلُ كُلَّ مَالٍ، وهو رواية عن أبي يوسف ذكرها عن أبي حنيفة رحمهما الله في «الأمالي»، وإليه ذهب الشيخ محمد بن إبراهيم الميدانِي رحمه الله.

وفرق بين ذكر المال والملك من حيث أن الملك أعم من المال؛ لأنَّ الملك يطلق

لِأَنَّهُ أَعَمُّ مِنْ لَفْظِ المَالِ. وَالمُقَيِّدُ إِيجَابُ الشَّرْعِ وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِلَفْظِ المَالِ فَلَا مُخَصِّصَ فِي لَفْظِ المِلْكِ فَبَقِيَ عَلَى العُمُومِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ لِأَنَّ المُلْتَزِمَ بِاللَّفْظَيْنِ الفَاضِلُ عَنِ الحَاجَةِ عَلَى مَا مَرَّ.

على المال وعلى غيره فإنه يقال: ملك النكاح، وملك القصاص، وملك المنفعة، واسم المال لا يطلق على ما ليس بمال، فإذا كان لفظ الملك أعم يظهر لعمومه زيادة مزية على المال، وذلك في أن ينصرف إلى كل مال يجوز التصدق به فصار كأنه قال: كل مال أملكه ممَّا يتصدق به فهو صدقة، فحينئذٍ ينصرف إلى مال الزكاة والبذلة والمهنة، كذا هذا.

وفرقوا بينه وبين مسألة ذكرها في «الجامع»: إذا قال: عبده حر إن كنت أملكُ إلا خمسين درهمًا، فإن ذلك ينصرف إلى مال الزكاة وإن نصَّ على لفظ الملك في كل واحد منهما، حتى إذا ملك خمسين وزيادة إن كانت الزيادة من جنس مال الزكاة حنِث، وإلا فلا؛ لأنَّ استثناء الدراهم يدل على أن المستثنى من جنسه، كما في الإقرار إذا قال: لفلان عليَّ ألف إلا درهمًا، يجعل الألف من الدراهم بدلالة الاستثناء، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ، أي: أن لفظ الملك ولفظ المال سواء، أي: حكم الملك كحكم المال حتى لا يعمَّان في جميع الأموال من العقار، والرقيق، وثياب البذلة، بل يختصان بالأموال التي تجب فيها الزكاة، وهو اختيار الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله على ما ذكرنا من رواية «المبسوط»، فكان في لفظ الملك أيضًا القياس والاستحسان كما في لفظ المال، ففي جواب القياس يعم لفظ الملك على جميع الأموال من مال الزكاة، وإليه ذهب الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله.

قوله: لِأَنَّ المُلْتَزِمَ بِاللَّفْظَيْنِ الفَاضِلُ عَنِ الحَاجَةِ؛ لأنَّ الملتزم الصدقة والصدقة إنما تجب على العبد شرعـًا في المال الفاضل عن الحاجة، فكذا في إيجاب العبد على نفسه، والفاضل عن الحاجة مال الزكاة فلذلك اختص لفظ الملك والمال بمال الزكاة بدلالة قران لفظ الصدقة.

قوله: عَلَى مَا مَرَّ، إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان **بقوله:** أَنَّ إِيجَابَ العَبْدِ

(ثُمَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَى مَا دَخَلَ تَحْتَ الإِيجَابِ يُمْسِكُ مِنْ ذَلِكَ قُوتَهُ، ثُمَّ إِذَا أَصَابَ شَيْئًا تَصَدَّقَ بِمِثْلِ مَا أَمْسَكَ) لِأَنَّ حَاجَتَهُ هَذِهِ مُقَدَّمَةٌ وَلَمْ يُقَدِّرْ مُحَمَّدٌ بِشَيْءٍ لِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ النَّاسِ فِيهِ. وَقِيلَ المُحْتَرِفُ يُمْسِكُ قُوتَهُ لِيَوْمٍ وَصَاحِبُ الغَلَّةِ لِشَهْرٍ وَصَاحِبُ الضِّيَاعِ لِسَنَةٍ عَلَى حَسَبِ التَّفَاوُتِ فِي مُدَّةِ وُصُولِهِمْ إِلَى المَالِ، وَعَلَى هَذَا صَاحِبُ التِّجَارَةِ يُمْسِكُ بِقَدْرِ مَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ مَالُهُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى إِلَيْهِ وَلَمْ يَعْلَمِ الوَصِيَّةَ حَتَّى بَاعَ شَيْئًا مِنَ التَّرِكَةِ، فَهُوَ وَصِيٌّ وَالبَيْعُ جَائِزٌ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الوَكِيلِ حَتَّى يَعْلَمَ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ

مُعْتَبَرٌ بِإِيجَابِ اللهِ تَعَالَى.

قوله: ثُمَّ ... يُمْسِكُ مِنْ ذَلِكَ قُوتَهُ، فإذا أصاب شيئاً بعد ذلك يصدق بما أمسك؛ لأنَّ حاجته في هذا القدر مقدمة؛ إذ لو لم يمسك احتاج إلى أن يسأل الناس، ولا يحسن أن يتصدق بماله ثم يسأل الناس من ساعته، ولم يبين في الكتاب - أي: في «المبسوط» - مقدار ما يمسك؛ لأنَّ ذلك يختلف بقلة عياله وكثرة عياله.

قوله: وَصَاحِبُ الغَلَّةِ لِشَهْرٍ، أي: صاحب الدّور والحوانيت والبيوت التي يؤاجرها الإنسان يُمسك قوت شهر، وصاحب الضياع يمسك قوت سنة؛ لأنَّ يد الدهقان إلى ما ينفق إنما تصل سنة فسنةً، ويد صاحب الغلة شهرًا فشهرًا، ويد العامل يومًا فيومًا، فلمَّا وصل ماله إليه يتصدق بالمقدار الذي أمسك.

قوله: وَمَنْ أَوْصَى إِلَيْهِ وَلَمْ يَعْلَمِ الوَصِيَّةَ حَتَّى بَاعَ شَيْئًا مِنَ التَّرِكَةِ، فَهُوَ وَصِيٌّ وَالبَيْعُ جَائِزٌ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الوَكِيلِ حَتَّى يَعْلَمَ، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الوصاية حق لا تصرف يثبت بالموت فيعتبر بملك يثبت بالموت وهو الميراث، وثبوت الملك بالميراث لا يفتقر إلى العلم فكذلك ثبوت حق التصرف بالموت

لَا يَجُوزُ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ أَيْضًا لِأَنَّ الوِصَايَةَ إِنَابَةٌ بَعْدَ المَوْتِ فَتُعْتَبَرُ بِالإِنَابَةِ قَبْلَهُ وَهِيَ الوَكَالَةُ. وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّ الوِصَايَةَ خِلَافَةٌ لِإِضَافَتِهَا إِلَى زَمَانِ بُطْلَانِ الإِنَابَةِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى العِلْمِ كَمَا فِي تَصَرُّفِ الوَارِثِ. أَمَّا الوَكَالَةُ فَإِنَابَةٌ

وهو الوصاية.

والثانِي: أن الوصي يحلف الموصى عند خلو مكانه كالوارث يقوم مقام المورث، والوارث لو باع تركة المورث بعد موته وهو لا يعلم بموته جاز بيعه، فكذا الوصي، بخلاف التوكيل وعزل الوكيل عن الوكالة؛ لأنَّ التوكيل أمرٌ منه والعزل نَهيٌ عنه، وأوامر العباد ونواهيم معتبرة بأوامر الشرع ونواهيه، ألا ترى أن أصحاب رسول الله صلَّى الله عليه وسلم شربوا الخمر بعد حرمتها فنزلت الآية فيه، قال الله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓاْ﴾ [المائدة: ٩٣]، وإنَّهم صلوا إلى بيت المقدس بعد ما حوّلت القبلة إلى الكعبة ولم يؤمروا بالإعادة.

وكذلك الرجل إذا أسلم في دار الحرب فمكث أيَّامًا ولم يعلم أن عليه صلاة ليس عليه قضاؤها، بخلاف ما لو كان في دار الإسلام فإن دليل العلم هناك موجود، وكذلك الخليفة إذا عزل قاضيًا من قضائه فقضى ذلك القاضي بقضايا قبل أن يصل إليه خبر عزله فقضاياه نافذة، كذا ذكره الإمام المرغيناني، والمحبوبي رحمهما الله.

قوله: لِأَنَّ الوِصَايَةَ إِنَابَةٌ، أي: جعلٌ من الموصي للوصي نائبًا عن نفسه.

اعلم أن الإنابة بمعنى جعل الغير نائبًا عن نفسه لم توجد في الكتب المتداولة من «الصحاح»، و«الديوان»، و«المغرب»، و«تاج المصادر» من كتب اللغة، بل هي مستعملة فيها بمعنى الرجوع كقولهم: أناب إلى الله، أي: رجع، وعن هذا آخذ بعضهم من استعملها في معنى جعل الغير نائبًا عن نفسه في الصكوك، وكتاب القاضي إلى القاضي، لكن هذا ليس موضع مؤاخذة؛ لأنَّ صاحب «الكشاف» استعملها في ذلك المعنى في «الكشاف» ذكرها في سورة الروم وغيرها، وكفى به حجة في اللغة.

قوله: كَمَا فِي تَصَرُّفِ الوَارِثِ، فإن الولاية لو ثبتت بطريق الوراثة بأن ماتت أبو الصغير

لِقِيَامِ وِلايَةِ المَنُوبِ عَنْهُ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى العِلْمِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَوْ تَوَقَّفَ لا يَفُوتُ النَّظَرُ لِقُدْرَةِ المُوَكِّلِ، وَفِي الأَوَّلِ يَفُوتُ لِعَجْزِ المُوصِي (وَمَنْ أَعْلَمَهُ مِنَ النَّاسِ بِالوَكَالَةِ يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ)؛

ولم يعلم به الجد حتى باع شيئاً من مال اليتيم جاز بيعه، وكذلك الوارث في إملاك المورث، كذلك هاهنا، والجامع بينهما مساسُ الحاجة إلى الصيانة والحفظ عن الضياع، أما الوكالة إثبات الولاية حال قدرة الأصل، فلو توقف على العلم يبقى مضمونًا بولاية الأصل، فإذا جاز بيع الوصي لا يملك ردّ الوصاية بعد ذلك؛ لأنَّها تأكدت بحكم الشرع.

ثم اعلم أن الروايات اتفقت على أن الوكالة إذا ثبتت قصدًا لا تثبت بدون العلم، وكذلك إذن الصبي والعبد بالتجارة؛ لأنَّ الإذن مشتق من الأذان وهو الإعلام فلا يتصور بدون العلم، وأمَّا إذا كانت الوكالة في ضمن أمر الحاضر بالتصرف بأن قال لغيره: اشتر عبدي من فلان، هل يثبت بدون العلم؟ فيه روايتان، وكذا الإذن بالتصرف بأن قال: بايعوا عبدي فيه روايتان، وأمَّا العزل القصدي فلا يثبت بدون العلم، وأمَّا إذا كان حكماً كموت الموكل أو نحوه فيثبت بدون العلم، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: فَيَتَوَقَّفُ عَلَى العِلْمِ؛ لأنَّ التوكيل إثبات ولاية التصرف فلا يصح من غير علمه كسائر الإثباتات كالبيع، والهبة.

قوله: وَمَنْ أَعْلَمَهُ مِنَ النَّاسِ بِالوَكَالَةِ يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ، أطلق اسم الناس ليتناول الصغير والكبير، والمسلم والكافر بعد أن كان مميزًا.

وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله في «أصول الفقه»: وخبر الواحد في المعاملات التي لا لزوم فيها حجة إذا كان المخبر مميزًا، عدلًا كان أو غير عدل، صبيًّا كان أو بالغًا، مسلمًا كان أو كافرًا، وذلك نحو الوكالات، والمضاربات، والإذن للعبيد في التجارات، حتى إذا أخبره صبي مميز، أو كافر، أو فاسق أن فلان وكله وأن مولاه أذن له فوقع في قلبه أنه صادق يجوز له أن يشتغل بالتصرفات، بناءً على خبره، فإن رسول الله صلَّى الله عليه وسلم كان يقبل هدية الطعام من البرّ والتُّقى وغيره، وكان يشتري من الكافر أيضًا.

لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ حَقٍّ لا إلزَامُ أَمرٍ.

قوله: لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ حَقٍّ، أي: إطلاق محض، ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان، أو رجل عدل، المراد من الشهادة الإخبار؛ لأنَّ لفظ الشهادة هنا ليس بشرط، كذا في «الجامع الصَّغير» لقاضي خان رحمه الله وغيره.

ثم في هذا اللفظ اشتباه في اشتراط العدالة في المخبر إذا كان اثنين، وعن هذا اختلف المشايخ، هكذا ذكر شمس الأئمة أيضًا في «أصول الفقه» وقال:

ولفظ الكتاب مشتبه فإنه قال: حتى يخبره رجلان أو رجل عدل، فقيل معناه: رجلان عدل أو رجل عدل؛ لأنَّ صيغة هذا النعت للفرد والجماعة واحد، ألا ترى أنه يقال: شاهدا عدل، وعن هذا اختلف المشايخ فيه.

قال بعضهم: إذا كان المخبر يعزل الوكيل، أو يحجر المأذون فاسقين يثبت العزل والحجر لوجود أحد الشرطين وهو العدد؛ وذلك لأنَّه يشترط في الشهادة العدالةُ والعددُ، وتأثير العدد فوق تأثير العدالة، ألا ترى أن قضاء القاضي بشهادة الواحد العدل لا ينفذ، وبشهادة الفاسقين ينفذ، ثم لو وجدت العدالة هاهنا بدون العدد يثبت الحجر بالخبر، فأَوْلَى أن يثبت الحجر بالعدد وإن لم توجد العدالة.

وقال بعضهم: لا يثبت؛ لأنَّ خبر الفاسقين لا يصلح للإلزام كخبر الفاسق الواحد في أنه لا يكون ملزمًا، وأنه يجب التوقف فيه، وفي هذا الخبر إلزام من وجه، فكانت العدالة شرطـًا في المخبرين، هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله؛ لأنَّه لو صحَّ هذا الخبر لكان إلزامـًا بقول الفاسق وذلك لا يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندوانِي رحمه الله، وزعم أنه هو المذهب عند أبي حنيفة رضي الله عنه، ومعنى ما أطلق في الكتاب محمول فيما إذا كان لا يعلم حالهما بالفسق والعدالة.

وجه قولهما أن هذا من جنس المعاملات فيثبت بخبر الواحد الفاسق اعتبارًا بالوكالة، والإذن للعبد في التجارة، بخلاف الديانات فإنه لا يثبت بخبر الفاسقين، فلأَن لا يثبت بخبر الفاسق الواحد أَوْلَى، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قَالَ: (وَلَا يَكُونُ النَّهْيُ عَنِ الوَكَالَةِ حَتَّى يَشْهَدَ عِنْدَهُ شَاهِدَانِ أَوْ رَجُلٌ عَدْلٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: هُوَ وَالأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ مِنَ المُعَامَلَاتِ وَبِالوَاحِدِ فِيهَا كِفَايَةٌ. وَلَهُ أَنَّهُ خَبَرٌ مُلْزِمٌ فَيَكُونُ شَهَادَةً مِنْ وَجْهٍ فَيُشْتَرَطُ أَحَدُ شَطْرَيْهَا وَهُوَ العَدَدُ أَوِ العَدَالَةُ، بِخِلَافِ الأَوَّلِ، وَبِخِلَافِ رَسُولِ المُوَكِّلِ لِأَنَّ عِبَارَتَهُ كَعِبَارَةِ

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ خَبَرٌ مُلْزِمٌ، فإن قلتَ: جعل هذا الأخبار في «أصول الفقه» لشمس الأئمة، وفخر الإسلام وغيرهما من الأخبار في المعاملات التي فيها إلزام من وجه دون وجه مع أن فيه إلزاماً من كل وجه، فإن الكفَّ عن التصرفات بعد ذلك يلزم على الوكيل والمأذون من كل وجه، ولا يجوز تصرفهما بعد ذلك حتى لو تصرف الوكيل بعده يضمن، فما وجه عدم الإلزام فيه؟

قلتُ: المراد من الإلزام من كل وجه ما كان إلزاماً على خصم منكر مشروطاً بلفظ الشهادة وحكم الحاكم، كما في حكم القاضي بالشهادة، ولمَّا لم يكن كذلك كان في الإلزام قصور فإن العزل والحجر تصرف للمالك في ملك نفسه، ولم يشترط فيمن يبلغه لفظ الشهادة وحكم الحاكم، فكذلك انحطت درجته في حق الإلزام عن درجة الإلزام من كل وجه، فوجوب الضمان بناءً على وجود الإلزام من وجه.

ثم قوله في الكتاب: **أَنَّهُ خَبَرٌ مُلْزِمٌ**، إشارة إلى هذين المعنيين؛ فإنه لمَّا كان خبَرًا صار كسائر الإخبارات التي لا لزوم فيها أصلًا، كما في الإخبار بالوكالة، والإذن في التجارة، ولم يشترط أحد شطري الشهادة من العدد والعدالة، ولمَّا كان إلزامًا بحيث لا يجوز التصرف بعده اشترط أحد شطريها.

قوله: بِخِلَافِ الأَوَّلِ، وهو الإعلام بالوكالة فإنه لمَّا لم يكن فيه إلزام أصلًا لم يشترط شيء من شطري الشهادة على ما ذكرنا، وحاصل ذلك ما ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله بقوله: ولو لم يكن إلزامًا أصلًا لا يراعى فيه شيء، ولو كان إلزاماً من كل وجه يراعى فيه جميع شرائط الشهادة من لفظة الشهادة ونحوها، فإذا كان إلزاماً من وجه دون وجه يراعى

الْمُرْسِلِ لِلْحَاجَةِ إِلَى الإِرْسَالِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا أُخْبِرَ الْمَوْلَى بِجِنَايَةِ عَبْدِهِ وَالشَّفِيعُ وَالبِكْرُ وَالْمُسْلِمُ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا.

فيه العدد، ولا يراعى فيه لفظة الشهادة.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله: فقد انعقد الإجماع منهم على أن المخبر إن كان عدلًا ينعزل وإن كان فضوليًّا، وأجمعوا أن المخبر لو كان فاسقًا وصدَّقه الوكيل فيما أخبره من العزل ينعزل.

قوله: وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا أُخْبِرَ الْمَوْلَى بِجِنَايَةِ عَبْدِهِ، إلى آخره، هذه ست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد رحمه الله في «المبسوط»، واثنتان ذكرهما في «النوادر»، والمسألة السادسة قاسها مشايخنا على هذه المسألة.

أمَّا المسائل الثلاث المذكورة في «المبسوط»: إحداها: عزل الوكيل وقد ذكرناه.

والثانية: العبد المأذون إذا أخبره واحد بالحجر إن كان رسولًا فيحجر سواء كان الرسول فاسقًا أو عدلًا، وإن أخبر به من تلقاء نفسه إن كان عدلًا، أو أخبره به اثنان ينحجر صدَّقه العبد في ذلك أم كذبه، وإن كان فاسقًا إن صدَّقه ينحجر، وإن كذبه فالمسألة على الاختلاف.

والثالثة: العبد إذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى أعتقه أو باعه يلزمه الأقل من قيمته ومن الدية، فإن أخبره واحد بالجناية من الوجوه التي ذكرناها فإن المخبر إذا كان فاسقًا إن صدَّقه ثم باع أو أعتق يصير مختارًا للدية، وإن كذَّبه والمسألة على الاختلاف عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصير مختارًا للدية؛ لأنَّه لم تثبت الجناية عنده عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يصير مختارًا للدية.

وأمَّا اللتان في «النوادر» فإحداهما: الحربي إذا أسلم في دار الحرب فأخبره إنسان بما عليه من الفرائض إن كان المخبر عدلًا، أو أخبر به اثنان لزمته الفرائض، حتى لو ترك يلزمه قضاؤه بالإجماع، وإن كان المخبر فاسقًا إن صدَّقه فكذلك، وإن كذَّبه فعلى الاختلاف الذي قلنا، قال الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في أوائل المأذون الكبير: والأصح عندي

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ القَاضِي أَوْ أَمِينُهُ عَبْدًا لِلْغُرَمَاءِ وَأَخَذَ المَالَ فَضَاعَ وَاسْتُحِقَّ العَبْدُ لَمْ يَضْمَنْ) لِأَنَّ أَمِينَ القَاضِي قَائِمٌ مَقَامَ القَاضِي وَالقَاضِي مَقَامَ الإِمَامِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لا يَلْحَقُهُ ضَمَانٌ كَيْ لا يَتَقَاعَدُ عَنْ قَبُولِ هَذِهِ الأَمَانَةِ فَيُضَيِّعُ الحُقُوقَ وَيَرْجِعُ المُشْتَرِي عَلَى الغُرَمَاءِ، لِأَنَّ البَيْعَ وَاقِعٌ لَهُمْ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِمْ عِنْدَ تَعَذُّرِ الرُّجُوعِ عَلَى العَاقِدِ، كَمَا إِذَا كَانَ العَاقِدُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ وَلِهَذَا يُبَاعُ بِطَلَبِهِمْ.

أنه يلزمه القضاء هاهنا؛ لأنَّ من يخبره فهو رسول رسول الله صلَّى الله عليه وسلم.

والثانية: الشفيع إذا أخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا من الوجوه، فإن المخبر إذا كان فاسقًا إن صدَّقه يثبت الشراء، وإن كذَّبه فالمسألة على الاختلاف، وإذا سكتَ عند أبي حنيفة رحمه الله لا تبطل الشفعة، وعندهما تبطل.

وأمَّا السادسة: فالبكر إذا زوجت فأخبرت به فسكتت فهو على ما ذكرنا من الوجوه، هذا ممَّا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَإِذَا بَاعَ القَاضِي أَوْ أَمِينُهُ عَبْدًا لِلْغُرَمَاءِ - أي: لأجل الغرماء وهم أرباب الديون هاهنا - **وَأَخَذَ المَالَ** - أي: الثمن - **فَضَاعَ** - أي: الثمن - **وَاسْتُحِقَّ العَبْدُ لَمْ يَضْمَنْ**، البائع وهو القاضي أو أمينه للمشتري؛ لأنَّ القاضي نصب ناظرًا للمسلمين، فلو رجع إليه الحقوق لا يخرج عن الضمان أبدًا.

وذكر صورة المسألة في «الجامع الصَّغير» لقاضي خان وغيره: رجل مات وعليه ألف درهم لرجل وترك عبدًا يساوي مائة فأمر القاضي الوصيَّ ببيع العبد لأجل الدين، فباع الوصيُّ وقبض الثمن وضاع من يده قبل قضاء الدين ثم استحق العبد أو مات قبل التسليم إلى المشتري يرجع بالثمن على الوصي، ثم الوصي يرجع بذلك على الغريم؛ لأنَّ حقوق العقد ترجع إلى العاقد والعاقد هو الوصي فيرجع عليه، ثم الوصي يرجع بذلك على الغريم؛ لأنَّه باع لأجله فكان حكم العقد واقعًا له.

وإن كان البائع هو القاضي أو أمينه والمسأله بحالها، فإن المشتري يرجع بالثمن

(وَإِنْ أَمَرَ القَاضِي الوَصِيَّ بِبَيْعِهِ لِلْغُرَمَاءِ ثُمَّ أُسْتُحِقَّ أَوْ مَاتَ قَبْلَ القَبْضِ وَضَاعَ المَالُ رَجَعَ المُشْتَرِي عَلَى الوَصِيِّ) لِأَنَّهُ عَاقِدٌ نِيَابَةً عَنِ المَيِّتِ وَإِنْ كَانَ بِإِقَامَةِ القَاضِي عَنْهُ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ بِنَفْسِهِ.

قَالَ: (وَرَجَعَ الوَصِيُّ عَلَى الغُرَمَاءِ) لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُمْ، وَإِنْ ظَهَرَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ يَرْجِعُ الغَرِيمُ فِيهِ بِدَيْنِهِ. قَالُوا: وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ يَرْجِعُ بِالمِائَةِ الَّتِي غَرِمَهَا أَيْضًا لِأَنَّهُ لَحِقَهُ

على الغريم ولا يرجع على القاضي أو أمينه، كما إذا كان العاقد محجورًا عليه أطلق لفظ المحجور يتناول الصبيّ المحجور والعبد المحجور، فإن من وكَّل صبيًّا محجورًا تعقل البيعَ والشراء، أو عبدًا محجورًا جاز العقد بمباشرتهما ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما؛ لأنَّ التزام العهدة لا تصح منهما، ففي الصبي لقصور أهليته، وفي العبد بحق سيده على ما يجيء في كتاب الوكالة إن شاء الله تعالى.

والأصل أنه إذا تعذر تعليق حقوق العقد بالعاقد يتعلق بأقرب الناس إلى العاقد، كما في توكيل المحجور على ما ذكرنا حيث رجع الحقوق إلى من وقع العقد له لما قلنا، وأقرب الناس في مسألتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم، ألا ترى أن القاضي لا يأمر الوصي أو أمينه إلا بعد طلب الغريم، فلذلك رجع المشتري بالثمن عليه عند الاستحقاق؛ لأنَّه عاقد نيابة عن الميت؛ وذلك لأنَّ الوصي قائم مقام الميت، أمَّا إذا كان الميت أوصى إليه فظاهر، وأمَّا إذا نصبه القاضي فكذلك؛ لأنَّ القاضي إنما ينصبه ليكون قائمًا مقام الميت لا ليكون قائمًا مقام القاضي، وحقوق العقد كانت ترجع إلى المديون إذا باشر العقد بنفسه حال حياته، فكذا يرجع إلى من قام مقامه بعد مماته.

قوله: يَرْجِعُ الغَرِيمُ فِيهِ بِدَيْنِهِ، أي: يرجع رب الدين في ذلك المال الذي ظهر بدينه، أي: يأخذ دينه من ذلك المال.

قوله: قَالُوا: وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ يَرْجِعُ بِالمِائَةِ الَّتِي غَرِمَهَا أَيْضًا، أي: يرجع الغريم إلى ذلك المال الذي ظهر بتلك المائة التي غرمها للوصيّ أيضـًا كما يرجع إليه بدينه قبله، وإنما

فِي أَمْرِ المَيِّتِ، وَالوَارِثُ إِذَا بِيعَ لَهُ بِمَنْزِلَةِ الغَرِيمِ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ كَانَ العَاقِدُ عَامِلًا لَهُ.

قال بهذا اللفظ؛ لأنَّ فيه اختلافـًا، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: ويجوز أن يقال: يرجع ويأخذ من ذلك المال ما ضمن للوصيّ أو للمشتري؛ لأنَّ هذا الضمان لحقه لأمر الميت.

وذكر الإمام مجد الأئمة السُّرخكتي رحمه الله: لا يأخذ في الصحيح من الجواب؛ لأنَّ الغريم إنما ضمن من حيث أن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره.

قوله: وَالوَارِثُ إِذَا بِيعَ لَهُ، أي: لأجل الوارث، هذا كله من «الجامع الصَّغير» البرهانِي والمحبوبي رحمهما الله، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ آخَرُ)

(وَإِذَا قَالَ القَاضِي قَدْ قَضَيْتُ عَلَى هَذَا بِالرَّجْمِ فَارْجُمْهُ، أَوْ بِالقَطْعِ فَاقْطَعْهُ، أَوْ بِالضَّرْبِ فَاضْرِبْهُ وَسِعَكَ أَنْ تَفْعَلَ) وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ هَذَا وَقَالَ: لا تَأْخُذْ بِقَوْلِهِ حَتَّى تُعَايِنَ الحُجَّةَ، لِأَنَّ قَوْلَهُ يَحْتَمِلُ الغَلَطَ وَالخَطأَ وَالتَّدَارُكُ غَيْرُ مُمْكِنٍ، وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ لا يُقْبَلُ كِتَابُهُ. وَاسْتَحْسَنَ المَشَايِخُ هَذِهِ الرِّوَايَةَ لِفَسَادِ حَالِ أَكْثَرِ القُضَاةِ فِي زَمَانِنَا إِلَّا فِي كِتَابِ القَاضِي لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ. وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ أَخْبَرَ عَنْ أَمْرٍ يَمْلِكُ إِنْشَاءَهُ فَيُقْبَلُ لِخُلُوِّهِ عَنِ التُّهْمَةِ؛

فصلٌ آخر

جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها أصل واحد تتعلق بكتاب القضاء، وهو أن قول القاضي بانفراده ثابتًا ومعزولًا هل يقبل أم لا؟ فلذلك أفرده بفصل على حدة لتجانس مسائلها نظرًا إلى اتحاد الأصل، ووصله إلى كتاب القضاء؛ لأنَّه منه.

قوله: وَقَالَ: لا تَأْخُذْ بِقَوْلِهِ حَتَّى تُعَايِنَ الحُجَّةَ، أو يشهد مع القاضي على ذلك عدل، وبه أخذ مشايخنا لفساد قضاة زماننا؛ ولأن قبول خبر الواحد رتبة الأنبياء عليهم السلام، وغيرهم غير معصومين عن الكذب والغلط.

قوله: إِلَّا فِي كِتَابِ القَاضِي، إلى القاضي؛ لضرورة إحياء الحقوق؛ ولأن الخيانة فيه قلَّ ما تقع.

قوله: وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ أَخْبَرَ عَنْ أَمْرٍ يَمْلِكُ إِنْشَاءَهُ فَيُقْبَلُ؛ لأنَّ القاضي قبل

وَلِأَنَّ طَاعَةَ أُولِي الأَمْرِ وَاجِبَةٌ، وَفِي تَصْدِيقِهِ طَاعَةٌ. وَقَالَ الإِمَامُ أَبُو مَنْصُورٍ - رَحِمَهُ اللهُ -: إِنْ كَانَ عَدْلًا عَالِمًا يُقْبَلُ قَوْلُهُ لِانْعِدَامِ تُهْمَةِ الخَطَإِ وَالخِيَانَةِ، وَإِنْ كَانَ عَدْلًا جَاهِلًا يُسْتَفْسَرُ، فَإِنْ أَحْسَنَ التَّفْسِيرَ وَجَبَ تَصْدِيقُهُ وَإِلَّا فَلَا، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا فَاسِقًا أَوْ عَالِمًا فَاسِقًا لا يُقْبَلُ إِلَّا أَنْ يُعَايِنَ سَبَبَ الحُكْمِ لِتُهْمَةِ الخَطَإِ وَالخِيَانَةِ.

أن يُعزل متمكناً من إنشاء القضاء، والمخبر متى كان متمكناً من الإنشاء فيما أخبر لا يتمكن التهمة في خبره؛ ولأنه قد جرى الرسم أنه لا يقلد في كل بلدة إلا قاضٍ واحدٍ، فلو لم يكن مجرّد خبره حجة في الإلزام لكان يقلّد في كل بلدة قاضيان كما يُستشهد على الحق شاهدان وأكثر من ذلك.

ثم في ظاهر الرواية يجوز الاعتماد على خبر القاضي من غير أن يُستفسر، قال مشايخنا: وهذا إذا كان القاضي عدلًا فقيهًا، فإن عدالته يؤمنُ من مثله بالرشوة، وفقهه يُؤمن من غلطه في الحكم ظاهرًا، كذا في «الجامع الصَّغير» لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

قوله: وَلِأَنَّ طَاعَةَ أُولِي الأَمْرِ وَاجِبَةٌ، قال الله تعالى: ﴿أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْۖ﴾ [النساء: ٥٩]، ومن الطاعة تصديقه، وقبول قوله، وصار بحق الولاية قوله مثل قول الجماعة فيجوز الاعتماد على قوله في كل باب، كما في كتاب القاضي إلى القاضي.

قوله: وَإِنْ كَانَ عَدْلًا جَاهِلًا يُسْتَفْسَرُ - أي: عن قضائه - فَإِنْ أَحْسَنَ التَّفْسِيرَ، أي: تفسير قضائه بأن فسر على وجه يوجب تفسيره من السبب ما قضاه شرعًا، يقبل قوله ويجب تصديقه، بأن يقول في حد الزنا: إنِّي استفسرتُ المقرّ بالزنا كما هو المعروف فيه، وحكمتُ عليه بالرجم، ويقول في حد السرقة: إنه ثبت عندي بالحجة أنه أخذ نصابًا من حرز لا شبهة فيه، وفي القصاص: إنه قتل عمدًا بلا شبهة، وإنما يحتاج إلى استفسار الجاهل؛ لأنَّه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلًا.

قوله: وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا فَاسِقًا أَوْ عَالِمًا فَاسِقًا لا يُقْبَلُ إِلَّا أَنْ يُعَايِنَ سَبَبَ الحُكْمِ؛ لأنَّ الله تعالى قال في حق الفاسق: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾

قَالَ: (وَإِذَا عُزِلَ القَاضِي فَقَالَ لِرَجُلٍ أَخَذْتُ مِنْكَ أَلفًا وَدَفَعْتُهَا إِلَى فُلَانٍ قَضَيْتُ بِمَا عَلَيْكَ فَقَالَ الرَّجُلُ أَخَذْتَهَا ظُلْمًا فَالقَوْلُ قَوْلُ القَاضِي، وَكَذَا لَوْ قَالَ قَضَيْتُ بِقَطْعِ يَدِكَ فِي حَقٍّ، هَذَا إِذَا كَانَ الَّذِي قُطِعَتْ يَدُهُ وَالَّذِي أُخِذَ مِنْهُ المَالُ مُقِرَّيْنِ أَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ وَهُوَ قَاضٍ) وَوَجْهُهُ أَنَّهُمَا لَمَّا تَوَافَقَا أَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ فِي قَضَائِهِ كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ. إِذِ القَاضِي لا يَقْضِي بِالجَوْرِ ظَاهِرًا (وَلا يَمِينَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِعْلُهُ فِي قَضَائِهِ بِالتَّصَادُقِ وَلَا يَمِينَ عَلَى القَاضِي.

(وَلَوْ أَقَرَّ القَاطِعُ وَالآخِذُ بِمَا أَقَرَّ بِهِ القَاضِي لا يَضْمَنُ أَيْضًا) لِأَنَّهُ فَعَلَهُ فِي حَالِ القَضَاءِ

[الحجرات: ٦].

وذكر في الكتاب الأوجه الثلاثة من القسمة العقليَّة التي توجبُ أربعة أوجهٍ، وترك الوجه الرابع وهو ما إذا كان القاضي عدلًا عالمـًا؛ لأنَّه لما علم الحكم فيما إذا كان القاضي عدلًا جاهلًا بأنه يستفسر عن وجه حكمه بسبب جهله فحينئذٍ يقبل، عُلم أن القاضي إذا كان عدلاً عالمـًا يقبل قوله بدون الاستفسار لزوال موجب الاستفسار وهو الجهل، ووجود موجب القبول وهو العدالة.

قوله: وَلا يَمِينَ عَلَى القَاضِي؛ لأنَّه لو لزمه اليمين لصار خصمًا وقضاء الخصم لا ينفذ، والقاضي أمين لا خصم، كذا في «الجامع الصَّغير» البرهانِي.

ولأنا لو أوجبنا اليمين على القاضي في مواضع اليمين لامتنع الناس عن الدخول في القضاء فتعطل أمور الناس.

قوله: وَلَوْ أَقَرَّ القَاطِعُ وَالآخِذُ، أي: لو أقرَّ القاطع بأمر القاضي وآخذ المال بأمر القاضي بالقطع والأخذ بقضاء القَاضِي لا يَضْمَنُ أَيْضًا كالقاضي؛ لِأَنَّهُ - أي: لأن القاطع والآخذ - فَعَلَهُ فِي حَالِ القَضَاءِ - فلا يضمن - وَدَفْعُ القَاضِي صَحِيحٌ، أي: ودفع القاضي

وَدَفْعُ القَاضِي صَحِيحٌ كَمَا إِذَا كَانَ مُعَايِنًا (وَلَوْ زَعَمَ المَقْطُوعُ يَدُهُ أَوِ المَأْخُوذُ مَالُهُ أَنَّهُ فَعَلَ قَبْلَ التَّقْلِيدِ أَوْ بَعْدَ العَزْلِ فَالقَوْلُ لِلْقَاضِي أَيْضًا) هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ

المال إلى رب الدين أو المستحق الذي هو الآخذ صحيح؛ لأنَّه دفعه في حالة القضاء، والظاهر أنه دفعه بحق فكان دفعه صحيحًا.

قوله: كَمَا إِذَا كَانَ مُعَايِنًا، أي: كما إذا كان دفع القاضي المال إلى الآخذ بحكم القضاء في معاينة المأخوذ منه المال بحكمه لا يضمن الآخذ، فكذا إذا أقرَّ بما أقرَّ به القاضي.

قوله: وَلَوْ زَعَمَ المَقْطُوعُ يَدُهُ، إلى أن قال: فَالقَوْلُ لِلْقَاضِي أَيْضًا هُوَ الصَّحِيحُ، هذا احتراز عمَّا ذكره الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

اعلم أن ما ذكره من جواب هذه المسألة في الكتاب اختيار فخر الإسلام، والصدر الشهيد رحمهما الله، وكذلك أيضًا في عامة شروح «الجامع الصَّغير»، وأمَّا في «الجامع الصَّغير» للإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله بعدما ذكر جواب المسألة الأولى فقال: هذا إذا كان المقطوعة يده أو المأخوذ منه يقر أنه كان قاض قبل أن يعزل، فأمَّا إذا زعم أنه فعل ذلك بعد العزل فالقول قوله - أي: قول المدعي -؛ لأنَّ هذا الفعل حادث فإنما يحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات، ومن ادعى فيه تاريخـًا سابقـًا لا يصدق إلا بحجة.

ثم الأصل أن المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية فإنه يحكم الحال وفي الحال فعله موجب للضمان عليه، فهو في هذه الأشياء يدعي ما يسقط الضمان عنه، وأمَّا في الأول فقد تصادقا أنه فعله وهو قاضٍ وذلك غير موجب للضمان عليه باعتبار الظاهر؛ لأنَّ الأصل أن القاضي يقضي بما هو حق حتى يتبين خلافه، ولكن ذكر في عامة نسخ «الجامع الصَّغير»: فالقول قول القاضي في هذه الصورة أيضـًا كما في الصورة الأولى؛ لأنَّه متى عُرف أنه كان قاضيًا صحت إضافته إلى حالة القضاء فصار هو بتلك الإضافة منكرًا؛ لأنَّ حالة القضاء حالة معهودة منافية للضمان عن القاضي.

ومن نظائره أيضًا الوكيل بالبيع إذا قال: بعتُ وسلمتُ، قبل العزل وقال الموكل: لا بعد العزل، فالقول قول الوكيل إن كان المبيع مستهلكـًا، فإن كان قائمًا بعينه لم يصدق؛ لأنَّه

أَسْنَدَ فِعْلَهُ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ طَلَّقْتُ أَوْ أَعْتَقْتُ وَأَنَا مَجْنُونٌ وَالجُنُونُ مِنْهُ كَانَ مَعْهُودًا.

أخبر عن أمر لا يملك إنشاءَه فيصير مدَّعيـًا، وكذلك العبد إذا قال لغيره بعد العتق: قطعتُ يدك، أي: خطأً وأنا عبد فلان فقال المقرّ له: بل قطعتُها وأنت حر، فالقول قول العبد ولا ضمان عليه، وكذلك لو قال لعبد قد أعتقه: أخذتُ منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد لي، وقال المعتق: أخذتُها مني بعد العتق فالقول قول المولى لما مرَّ، ولو كان المال قائمًا بعينه يعني الغلة فالقول قول العبد ويأخذه من المولى؛ لأنَّه أقرَّ بالأخذ ثم بالإضافة يريد التملك عليه فكان مدّعيًا.

وكذلك في مسألة القاضي لو كان الألف بعينها قائمة في يد القابض فقال القاضي بعد العزل: أخذتُه منك وأنا قاض وقضيتُ به عليك لهذا الرجل ودفعتُه إليه، وصدقه المقضيّ له فيه وقال المقضيّ عليه: أخذته منِّي بعد العزل على وجه القضاء فالقول قول المقضيّ عليه.

علل محمد رحمه الله في «الزيادات» فقال: لأنَّ الشيء قائم بعينه فلا يصدق القاضي في أنه أخذ على وجه الحكم بعد العزل، قالوا: ومعناه أن القاضي لمَّا أقرَّ بالأخذ منه يصير مشاهدًا لغيره بالكلام الثاني، وإقرارُه بالأخذ صحيح وشهادته بالملك لغيره باطلة، وكذلك الوصي إذا ادَّعى بعد بلوغ اليتيم أنه أنفق عليه وهو كذا في يده، وادعى اليتيم أنه استهلكه فالقول قول الوصيّ، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ طَلَّقْتُ أَوْ أَعْتَقْتُ وَأَنَا مَجْنُونٌ وَالجُنُونُ مِنْهُ كَانَ مَعْهُودًا، أي: معلومًا عند الناس كان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لإضافته إلى حالة منافية لإيقاع الطلاق.

وكذلك لو قال: أقررتُ لك وأنا ذاهب العقل من برسام أو لَمَم ويعرف أن ذلك أصابه فإن القول في ذلك قوله لكونه منكرًا من حيث المعنى، لإضافته إلى حالة معهودة عند الناس وتلك الحالة منافية للإقرار.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما ذكره في باب جناية المملوك من كتاب الديات من الكتاب

(وَلَوْ أَقَرَّ الْقَاطِعُ أَوْ الآخِذُ فِي هَذَا الْفَصْلِ بِمَا أَقَرَّ بِهِ الْقَاضِي بِضَمَانٍ) لِأَنَّهُمَا أَقَرَّا بِسَبَبِ الضَّمَانِ، وَقَوْلُ الْقَاضِي مَقْبُولٌ فِي دَفْعِ الضَّمَانِ عَنْ نَفْسِهِ لا فِي إِبْطَالِ سَبَبِ الضَّمَانِ عَلَى غَيْرِهِ، بِخِلَافِ الأَوَّلِ لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِعْلُهُ فِي قَضَائِهِ بِالتَّصَادُقِ.

من قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فقال: ومن أعتق جارية ثم قال لها: قطعتُ يدك وأنت أمتي، وقالت: قطعتُها وأنا حرة فالقول قولها، وكذلك كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله مع أنه منكر وجوب الضمان بإسناد الفعل إلى حالة معهودة منافية للضمان، ولو قلت: أنه أقرَّ هناك بسبب الضمان ثم ادَّعى ما يبرئه فلا يسمع لذلك، وهاهُنا أيضـًا أقرَّ بسبب الضمان وهو الإقرار للمقرّ له شيء ثمَّ ادَّعى ما يبرئه بذهاب العقل، وكذلك القاضي أقرَّ بالأخذ وهو موجب للضمان بعد العزل ثم ادَّعى ما يبرئه بكونه في حالة القضاء، وكذلك الوكيلُ بالبيع، وكذلك الوصي، فيجب أن لا يسمع ما يدَّعي مما يبرئه هاهنا أيضًا كما لا يسمع هناك، أو يسمع هناك كما يسمع هاهُنا، فمن أي: وجه يقع الفرقان بينهما؟

قلتُ: وقع الفرق بينهما من حيث أن المولى هناك أقرَّ بأخذ مال الغير وادَّعى جهة التمليك لنفسه، فيصدق في الإقرار ولا يصدق في جهة التمليك كما لو قال: أخذتُ منك ألف درهم بحق الدين الذي لي عليك، أو بحق الهبة التي وهبتَ لي، وأنكر الآخر كان القول قول المقر له، وكذلك لو قال لغيره: أكلتُ طعامك بإذنك، وقال الآخر: بغير إذني فالقول قول صاحب الطعام لما قلنا.

بخلاف القاضي والوكيل والوصي؛ لأنَّهم ما ادَّعوا جهة التملك لأنفسهم، وكذلك في دعوى العتاق والطلاق والإقرار ما ادَّعوا التملك لأنفسهم ما هو ملك الغير، فكان القول قولهم في إضافتهم الطلاق والعتاق والإقرار إلى حالة معهودة متنافية لها، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَلَوْ أَقَرَّ الْقَاطِعُ أَوْ الآخِذُ فِي هَذَا الْفَصْلِ بِمَا أَقَرَّ بِهِ الْقَاضِي، أي: لو أقرَّ قاطع اليد وآخذ المال في هذه الصورة، وهي الصورة التي زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله أن القاضي قطع يده وأخذ ماله قبل التقليد، أو بعد العزل بأنَّ القاضي أمرني بالقطع والأخذ

(وَلَوْ كَانَ المَالُ فِي يَدِ الآخِذِ قَائِمًا وَقَدْ أَقَرَّ بِمَا أَقَرَّ بِهِ القَاضِي وَالمَأْخُوذُ مِنْهُ المَالُ صُدِّقَ القَاضِي فِي أَنَّهُ فَعَلَهُ فِي قَضَائِهِ أَوِ ادَّعَى أَنَّهُ فَعَلَهُ فِي غَيْرِ قَضَائِهِ يُؤْخَذُ مِنْهُ) لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّ اليَدَ كَانَتْ لَهُ فَلَا يُصَدَّقُ فِي دَعْوَى تَمَلُّكِهِ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَقَوْلُ المَعْزُولِ فِيهِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ.

أنَّهما يضمنان، ولا يضمن القاضي بإقراره ذلك؛ لأنَّ قبلنا قول القاضي في نفي الضمان عن نفسه، فأمَّا في حق إبطال الضمان عن ذلك الرجل فلا.

فإن قيل: قد وجد الإسناد منهما أيضاً إلى حالة معهودة منافية للضمان فيجب أن لا يضمنا أيضًا كالقاضي، قلنا: إن هذه حجة يعارضها ما هو أقوى عنها يقتضي وجوب الضمان وهو الإقرار بسبب الضمان؛ لأنَّ هذه حجة قطعية لكون إقرار كل مقرّ حجة قطعية على نفسه، وما ذكرنا من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا قطعية والظاهر لا يُعارض القطعيّ.

فإن قيل: هذا الوجه ثابت في حق القاضي أيضًا؛ لأنَّ القاضي أيضًا أقرَّ بسبب الضمان وهو الإقرار بالقضاء بالأخذ، ثم ادَّعى ما يبرئه بالإسناد إلى حالة منافية فينبغي أن لا يقبل قول القاضي أيضًا في دعوى إبراء نفسه عن الضمان بعد الإقرار على نفسه.

قلنا: لو أوجبنا الضمان على القاضي لامتنع الناس عن قبول القضاء ولا كذلك في فصل الآخذ؛ لأنَّ بوجوب الضمان على الآخذ لا يمتنع القضاء منافية؛ ولأن حالة القضاء منافية لضمان القاضي لا محالة فكان في إسناد القاضي إلى حالة القضاء فائدة، وأمَّا إسناد غير القاضي فعله إلى حالة القضاء غير مفيد؛ لأنَّ ذلك لا ينافي الضمان لا محالة؛ لأنَّه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء قائم، وما ادَّعى من أن القاضي أمره بالقطع والأخذ غير ثابت لعدم الحجة والكلام فيه، وقول القاضي المعزول في حقه شهادة فرد فلا تسمع، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(كِتَابُ الشَّهَادَاتِ)

كتابُ الشهادات

إيراد كتاب الشهادات بعد كتاب أدب القاضي بيّن المناسبة؛ إذ القاضي في قضائه يحتاج أولاً إلى شهادة الشهود عند إنكار الخصم.

ثم محاسن الشهادة كثيرة، وفضائلها عزيزة، فمنها: أن الشهادة صفة من صفات الله تعالى الذاتية، قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ ٱللَّهُ شَهِيدٌ عَلَىٰ مَا يَفْعَلُونَ ۝٤٦﴾ [يونس: ٤٦]، وقال: ﴿وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ ۝٩﴾ [البروج: ٩]، ولا يشك عاقلٌ في حسن صفات الله تعالى، كالعلم والقدرة.

ومنها: أن مبنى الشهادة على الصدق، والصدق حسنٌ لمعنى في عينه، بحيث لا يقبل النسخ، ولا يتبدل حُسنه في وقت من الأوقات، ولا يشك في حسن شيءٍ كان حسنه لذاته؛ إذ الشهادة ليست إلا هي إخبارًا بالصدق عند القاضي، فكانت الشهادة حسنةٌ لذاتها؛ لحُسن الصدق لذاته.

فإن قلتَ: كم من خبر صدقٍ هو منهيّ عنه، فلو كان الصدق حسناً لمعنى في عينه لما ورد النهي عنه، وذلك كتزكية النفس والغيبة، قال الله تعالى: ﴿فَلَا تُزَكُّوٓاْ أَنفُسَكُمۡ﴾ [النجم: ٣٢]، والتزكية: إخبار عن نفسه بما يُحمد فيه، وهو منهيّ عنه وإن كان صادقاً هو فيه.

وكذلك الغيبة، قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَغۡتَب بَّعۡضُكُم بَعۡضًاۚ﴾ [الحجرات: ١٢]، والغيبة: إخبار عن رجل حالَ غيبته بما يشينُه الذي هو صادق فيه؛ لأنّه لو كان هو كاذبًا فيه كان بهتاناً وزورًا لا غيبة.

قلتُ: النهي في تزكية النفس بسبب يضمن معنى الإعجاب، والتفوق على الغير بذلك،

....

وإلا فالتزكية حسنٌ في نفسها من حيث أنَّها صدقٌ، والشيء الحسن في ذاته قد يُنهى عنه بسبب ما يقترن به، فكان النهي راجعًا في الحقيقة إلى ذلك الشيء المقترن به، لا إلى الشيء الذي هو حسن في ذاته، حتى إنك لو قلتَ: لا تصل إلا وأنت خاشعٌ، فالنهي وإن كان مضافًا إلى الصلاة صورةً، لكن هو في الحقيقة راجعٌ إلى ترك الخشوع، فإن الصلاة ليست بمنهيٍّ عنها، بل ترك الخشوع منهيّ عنه.

وكذلك في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍۗ﴾ [الأنعام: ١٠٨]، وإنما نُهينا عن سبِّ ما يدعون من دون الله بسبب شيءٍ مقترن به، وهو سبُّهم الله تعالى، حتى أن تزكية النفس إذا لم تضمن ما قلنا فهي غير منهيَّة، قال الله تعالى خبرًا عن يوسف عليه السلام: ﴿قَالَ ٱجْعَلْنِى عَلَىٰ خَزَآئِنِ ٱلْأَرْضِۖ إِنِّى حَفِيظٌ عَلِيمٌ ﴿٥٥﴾﴾ [يوسف: ٥٥].

وكذلك في الغيبة النهي ليس للغيبة نفسها، بل لشيء قبيح يقترن بها وهو الإيذاء، حتى أن الغيبة إذا كانت بحال من هو منهمك في غيِّه كانت هي لتحذير الغير عنه، فحينئذٍ تجوز، قال النبي صلَّى الله عليه وسلم: «اذكروا الفاجر بما فيه».

ومنها: أن فيها إحياء الحقوق الذاهبة، وإبداء الدعاوي الناضبة[1]، وهو المقصود في الباب، ومحبوب أولي الألباب، وفيه نفع لغيره من الناس، قال النبي صلَّى الله عليه وسلم: «خير الناس من ينفع الناس».

ومنها: أن فيها امتثال أمر الله تعالى بقوله: ﴿كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلْقِسْطِۖ﴾ [المائدة: ٨]، وانتهاء ما نَهى الله تعالى بقوله: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَۚ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وبناءُ الإسلام على شيئين: امتثالُ ما أمر الله به، وانتهاءُ ما نَهى الله عنه.

ومنها: استيجابُ الإكرام الثابت فيما بين العباد، والإعظام القارُّ بين أهل البلاد، قال النبي صلَّى الله عليه وسلم: «أكرموا الشهود فإن الله تعالى يحيي الحقوق بهم».

(١) الناضبة: أي: البعيدة، فاعلة من نضب: أي: بعدَ، كذا في «الصحاح».

....

ثم يحتاج هاهنا إلى بيان الشهادة لغةً، وشرعًا، وسببها، وشرطها، وركنها، وحكمها.

أمَّا اللغة: فالشهادة: هي الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدةٍ وعيانٍ، فعن هذا قالوا: إنَّها مشتقة من المشاهدة التي تنبني عن المعاينة فسُمِّيت بها؛ لأنَّ السبب المطلق للأداء المعاينه، فسُمِّي الأداء شهادةً إطلاقـًا لاسم السبب على المسبب.

وقيل: هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور؛ لأنَّ الشاهد يحضر مجلس القاضي للأداء، فسمي الحاضر شاهدًا وأداؤه شهادةً.

وأمَّا في اصطلاح أهل الشريعة: فهي عبارة عن إخبار بصدقٍ مشروطـًا فيه مجلس القضاء، ولفظة الشهادة، فقولنا: إخبار بصدقٍ، جنس يدخل تحته الإقرار، والدعوى، والإنكار، والشهادة، فإن كل واحد منها إخبار بصدق إذا كان الأمر على وفاق ما قالوا، فإن الإقرارَ إخبارٌ بما في يده لغيره، والدَّعوى إخبارٌ بما في يد غيره لنفسه، والإنكار إخبارٌ بما في يده لنفسه، والشَّهادة إخبارٌ بما في يد غيره لغيره.

وقولنا: مشروطـًا فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة، فصلٌ لهذه الإخبارات، وسائر الإخبارات الصادقة عن الشهادة.

وأمَّا سببها: فنوعان: سببٌ في حق التحمل، وسببٌ في حق الأداء، أمَّا في حق التحمل فمُعاينة سبب تحمل الشهادة ومشاهدته، وأمَّا في حق الأداء فطلب المدعي من الشاهد أداء الشهادة، وخوف فوت حق المدعي، حتى أنه لو كان عنده شهادة ولم يعلمها المدَّعي، وهو في حالٍ لو لم يشهده لفوَّت حق المدعي يلزم عليه أداء الشهادة.

وأمَّا شرطها: فالعقل الكامل، والضبط، والولاية، والقدرة على التمييز بين المدعي وبين المدعى عليه، وعن هذا اشترط أن يكون الشاهد بصيرًا وسميعًا، ولم يذكر الإسلام؛ لأن الكافر أهلٌ للشَّهادة فيما بين الكفار.

وأمَّا ركنها: فاستعمال لفظة أشهدُ على وجه الإخبار عند القاضي عند استجماع هذه الشَّرائط، فقيَّد بقوله: على وجه الإخبار، احترازًا عن استعمال لفظة أشهد على وجه القسم

قَالَ: (الشَّهَادَةُ فَرْضٌ تَلْزَمُ الشُّهُودَ وَلا يَسَعُهُمْ كِتْمَانُهَا إذَا طَالَبَهُمُ المُدَّعِي) لِقَوْلِهِ

كما مرَّ في الأيمان.

وأمَّا حكمها: فوجوب الحكم على القاضي بما تقتضيه الشهادة.

وفي «المبسوط»: أن القياس يأبى كون الشهادة حجة في الأحكام؛ لأنَّه خبر محتمل للصدق والكذب، والمحتمل لا يكون حجة ملزمة؛ ولأن خبر الواحد لا يوجب العلم، والقضاء ملزم فيستدعي سببًا موجبًا للعلم، ألا ترى أن الشهادة التي هي دون القضاء تستدعي سببًا موجبًا للعلم وهو المعاينة، فالقضاء أوْلَى، ولكن تركنا ذلك بالنصوص التي فيها أمر للحكام بالعمل بالشهادة، من ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقال: ﴿ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦]، وقال صلَّى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي»، وفيه معنيان:

أحدهما: حاجة الناس إلى ذلك؛ لأنَّ المنازعات والخصومات تكثر بين الناس، ويتعذر إقامة الحجة الموجبة للعلم في كل خصومة، والتكليف بحسب الوسع.

والثاني: معنى إكرام الشهود، حيث جعل الشرع شهادتهم حجة لإيجاب القضاء، مع احتمال الكذب إذا ظهر رُجحان جانب الصدق، وإليه أشار النبي صلَّى الله عليه وسلم في قوله: «أكرموا الشهود فإنَّ الله تعالى يحيي الحقوق بهم»، ولمَّا خص الله تعالى هذه الأمة بالكرامات، ووصفهم بأنَّهم شهداء على الناس في يوم القيامة فقال تعالى: ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَـٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُواْ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ﴾ [البقرة: ١٤٣].

وقد يجب العمل بما لا يوجبُ علم اليقين، كالقياس بالأحكام بغالب الرأي في موضع الاجتهاد.

قوله: الشَّهَادَةُ فَرْضٌ تَلْزَمُ الشُّهُودَ وَلا يَسَعُهُمْ كِتْمَانُهَا، وقوله: تَلْزَمُ الشُّهُودَ وَلا يَسَعُهُمْ كِتْمَانُهَا، تأكيد لقوله: **فَرْضٌ**؛ إذ الفرض يكون بمعنى التقدير، وأريد به اللزوم هاهنا.

وقوله: إذَا طَالَبَهُمُ المُدَّعِي، بيان وقت الفرضيَّة وسببها؛ لأنَّ المدعي لو لم يطالبهم

تَعَالَى ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢]،

بأداء الشهادة لا يلزمهم الشهادة وعند المطالبة يلزمهم، فالتكرر والدَّوران دليل السببية وهو الأصل، وإن تخلَّف فهو يُعارض؛ لما عُرف.

فإن قلتَ: لِمَ لا تضيف السببية إلى قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فإن هذين النصَّين وإن كانا نَهياً فكان أمرًا بضدِّهما، أي: فاشهدوا، فكان أمر فاشهدوا سببًا للفرضيَّة.

قلتُ: كما لا تضيف السببيَّة في وجوب الصلاة إلى الأوامر الواردة بإقامة الصلاة من قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ﴾ [البقرة: ٤٣] وقوله: ﴿أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ﴾ [الإسراء: ٧٨]، بل إلى دلوك الشمس المذكور في قوله: ﴿أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ﴾ [الإسراء: ٧٨]، وكذلك لا يضيف وجوب الصوم إلى قوله: ﴿فَلۡيَصُمۡهُۖ﴾ [البقرة: ١٨٥]، بل إلى شهود الشهر المذكور في قوله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُۖ﴾ [البقرة: ١٨٥]، فكذلك هاهنا السبب هو المطالبة.

وأمَّا النصوص من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ﴾ وغيره لبيان أن ذلك السبب موجب لأداء الشهادة؛ إذ السبب قد يكون سببًا للاستحباب، والندب، والإباحة، كالنية في الوضوء، والعفو عن القصاص، والاصطياد؛ فإن الوضوء سبب لاستحباب النية فيه، والقصاصُ سببٌ لكون العفو مندوبًا إليه، والحلُّ عن الإحرام سبب لإباحة الاصطياد.

فإن قلتَ: هاهنا شبهةٌ أخرى، وهي أنَّه تمسك لدعوى فرضية أداء الشهادة بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ﴾ وقوله: ﴿وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ﴾، وفرضيَّة أداء الشهادة أمرٌ وجوديٌّ، فلا بدَّ أن يكون مقتضى فرضيَّة الشهادة أمرًا لا نَهيًا؛ لأنَّ بالنهي تثبت الحرمات التي مبناها على العدم، لا الأمور الوجودية، والأمر المستفاد بضدِّ النهي لا يكون في القوة مثل الأوامر الثابتة بالعبارة في اقتضاء الفرضيَّة على القول المختار، حيث قال في «المختصر»: وعلى هذا القول يُحتمل أن يكون النهي مقتضياً في ضده إثباتَ سنة تكون به في القوة كالواجب، ولهذا قلنا: إن المحرم لمَّا نُهي عن لبس المخيط كان من السنة لبس الإزار والرداء، فعُلِم بهذا أن

....

الأمر المستفاد من ضدِّ النهي يثبت السنة لا الواجبَ المطلق، فضلاً عن الفرض.

قلتُ: ذاك في النهي الذي لا يفوت الحرمة الثابتة بصيغته عند استعمال ذلك الضد، وذلك فيما إذا كان للنهي أضداد كالنهي عن لبس المَخيط، فلا يتعيَّن عليه لبس الإزار عينًا فرضـًا، ولا لبس الرداء عينًا فرضـًا، وكالنهي عن القيام لا يتعين عليه وجوب القعود عينًا فرضـًا، والاضطجاع عينًا فرضـًا، فإن بكل واحد منهما يتعين الانتهاء، ولا يقع في حرمة نَهي القيام.

وأمَّا إذا كان النهيُ نَهيًا له ضدٌّ واحدٌ يكون هو في اقتضاء افتراض الضد كالأمر الثابت بعبارته، بل يكون النهي حينئذٍ ناسخًا لإباحة الضدِّ، وذلك مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فهو نسخ لكون الكتمان مشروعًا، وإنما كان هذا هكذا ليتحقق موجب النهي، فإن الانتهاء عن الكتمان في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ﴾، لا يتحقق إلا بأداء الشهادة، فكان أداء الشهادة فرضًا قطعًا كفرضيَّة الانتهاء عن الكتمان، بل إيجاب الأمر الوجودي بصيغة النهي الذي ليس له إلا ضدٌّ واحدٌ، أوْلَى من إيجابه بصيغة الأمر؛ لما مرَّ أن الوجوب المستفاد من صيغة النهي آكد من الوجوب المستفاد من صيغة الأمر.

ثم اعلم أن وجوب أداء الشهادة على الشاهد فيما إذا كان قريبًا إلى مجلس القضاء فظاهرٌ، وأمَّا إذا كان بعيدًا فقد ذكر في «الذخيرة»: سُئِل نصير رحمه الله عن الشاهد إذا دُعي إلى الشهادة وهو في الرِّستاق، إذا كان بحال لو حضر مجلس الحكم وشهد يمكنه الرجوع إلى أهله في يومه، يجب عليه الحضور؛ لأنَّه لا ضرر عليه في الحضور، وإن كان لا يمكنه الرجوع إلى أهله في يومه لا يجب عليه الحضور، وإن كان الشاهد شيخـًا كبيرًا لا يقدر على المشي بالأقدام، وليس عنده ما يركب يُكلف المشهود له بدابة يركب ويحضر فلا بأس به، وهذا من إكرام الشهود.

وعن أبي سُليمان الجوزجانِي رحمه الله: رجل أخرج رجل شهودًا إلى ضيعة قد اشتراها، واستأجر الدوابَّ لهم فركبوها وذهبوا لم تقبل شهادتهم، وفيه نظر؛ فإنَّ العادة

﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وَإِنَّمَا يُشْتَرَطُ طَلَبُ الْمُدَّعِي لِأَنَّهَا حَقُّهُ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى طَلَبِهِ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ.

جرت أن من أخرج الشاهد إلى الرستاق يعطيه دابته، خصوصًا إذا لم يكن للشاهد دابة، ويرون ذلك حسنًا.

وسُئل الفقيه أبو بكر رحمه الله عمَّن امتنع عن أداء الشهادة؛ لأنَّ القاضي لا يعرفه، قال: إن علم أن القاضي لا يقبل شهادته يرجو أن يسعه أن لا يشهد.

وفي كراهية «العيون»: إذا امتنع الشاهد عن الشهادة، فإن كان في الصَّك جماعة ممَّن تقبل شهادتهم سواه، فأجابوه يسعه أن يمتنع عن الشهادة، وإن لم يكن في الصَّك جماعة ممن تقبل شهادتهم سواه، أو كانوا لكن ممن لا يظهر الحق بشهادتهم، أو كان يظهر لكن شهادة هذا الشاهد أسرع قبولًا لم يسعه الامتناع؛ لأنَّه عسى يضيع حق المشهود له لو امتنع عن الشهادة.

وفي «شرح سرقة شيخ الإسلام» رحمه الله: إن كان في حقوق العباد إذا طلب المدعي الشاهد يشهد له فأخَّر من غير عذر ظاهر، ثم أدَّى لا تقبل شهادته، وأشار إلى المعنى فقال: لمَّا ترك الأداء مع إمكان الأداء فقد احتمل أنه ترك الأداء بعذر، بأن نسيَ، أو كان له شغلٌ مانعٌ، واحتمل أنه ترك الأداء؛ لأنَّه أراد على الأداء أجرًا ولم يسلم له الأجر، فإذا أخذ الأجر بعد ذلك أدَّى، فيتمكَّن في شهادته نوع تهمة، والتهمة مانعة قبول الشهادة.

قوله: ﴿وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾، لم يقتصر على قوله: آثِمٌ، لزيادة التأكيد؛ لما أن إسناد الفعل إلى الجارحة التي يعمل بها أبلغ من الإسناد إلى الجملة، ألا تراك تقول إذا أردت التوكيد: هذا ممَّا أبصرته عيني، وممَّا سمعتْه أذني.

ولأن القلب رئيسُ الأعضاء، والمضغة التي إن صلحت صلح الجسد كله، وإن فسدت فسد الجسد كله.

ولأن أفعال القلوب أعظم من أفعال سائر الجوارح، ألا ترى أن أصل الحسنات

(وَالشَّهَادَةُ فِي الحُدُودِ يُخَيَّرُ فِيهَا الشَّاهِدُ بَيْنَ السَّتْرِ وَالإِظْهَارِ) لِأَنَّهُ بَيْنَ حِسْبَتَيْنِ إِقَامَةِ الحَدِّ وَالتَّوَقِّي عَنِ الهَتْكِ (وَالسَّتْرُ أَفْضَلُ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِلَّذِي شَهِدَ عِنْدَهُ «لَوْ سَتَرْتَهُ بِثَوْبِكَ لَكَانَ خَيْرًا لَكَ» وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ سَتَرَ عَلَى مُسْلِمٍ سَتَرَ اللهُ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ» وَفِيمَا نُقِلَ مِنْ تَلْقِينِ الدَّرْءِ عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَأَصْحَابِهِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - دَلَالَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَى أَفْضَلِيَّةِ السَّتْرِ (إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَشْهَدَ بِالمَالِ فِي السَّرِقَةِ فَيَقُولُ: أَخَذَ) إِحْيَاءً لِحَقِّ

والسيئات الإيمان والكفر، وهما من أفعال القلوب، فلمَّا جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب كان هو مشهودًا بأنَّ الكتمان من أعظم الذنوب.

قوله: وَالشَّهَادَةُ فِي الحُدُودِ يُخَيَّرُ فِيهَا الشَّاهِدُ بَيْنَ السَّتْرِ وَالإِظْهَارِ، فإن قيل: هذا الذي ذكره معارض لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ﴾، وغيره من النصوص المقتضية لوجوب الشهادة فيما له الشهادة.

قلنا: هذه الآية محمولة على الشهادة في حقوق العباد، بدليل سياق الآية وهي آية المداينة بقوله: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ إلى أن قال: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ﴾، وقال: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فكان الحديث المذكور، والدليل العقلي في اقتضاء الستر سالمين عن المعارضة، ثم إنَّهما يدلان على التخيير، وأَفْضَلِيَّةُ السَّتْرِ على ما هو المذكور في الكتاب.

والمعنى فيه أن الستر والكتمان إنما يحرم لخوف فوت حقِّ المدَّعي، المحتاج إلى إحياء حقه من الأموال وذلك في حقوق العباد، وأمَّا الحدود فحق الله تعالى، والله تعالى موصوف بالغنى والكرم، وليس فيه خوف فوت حقِّه، فجاز لذلك على الشاهد أن يختار جانب الستر، وكان هو أفضل صيانةً لهتك عرض أخيه المسلم.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَشْهَدَ بِالمَالِ فِي السَّرِقَةِ فَيَقُولُ: أَخَذَ ... وَلَا يَقُولُ سَرَقَ؛ لأنَّه

الْمَسْرُوقِ مِنْهُ (وَلا يَقُولُ سَرَقَ) مُحَافَظَةً عَلَى السَّتْرِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ ظَهَرَتِ السَّرِقَةُ لَوَجَبَ الْقَطْعُ وَالضَّمَانُ لا يُجَامِعُ الْقَطْعَ فَلَا يَحْصُلُ إِحْيَاءُ حَقِّهِ.

(وَالشَّهَادَةُ عَلَى مَرَاتِبَ: مِنْهَا الشَّهَادَةُ فِي الزِّنَا يُعْتَبَرُ فِيهَا أَرْبَعَةٌ مِنَ الرِّجَالِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ [النساء: ١٥] وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤] (وَلا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ) لِحَدِيثِ الزُّهْرِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: مَضَتِ السُّنَّةُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَالْخَلِيفَتَيْنِ مِنْ بَعْدِهِ أَنْ لا شَهَادَةَ لِلنِّسَاءِ فِي الْحُدُودِ

اجتمع هاهنا فرضيَّة أداء الشهادة مع أفضليَّة ترك الأداء، وفي هذا الوجه الذي ذكر عمل بهما، فكان هذا الوجه أوْلَى في الأداء، وأمَّا إذا اختار جانب إقامة حد السرقة فلا يشهد هكذا، بل يشهد أنه سرق.

قوله: مِنْهَا الشَّهَادَةُ فِي الزِّنَا يُعْتَبَرُ فِيهَا أَرْبَعَةٌ مِنَ الرِّجَالِ، ففي اشتراط الأربع يحتمل أن يكون المعنى فيه هو أن الزنا فعل يُتحقَّق من اثنين، وهو ممَّا يندرئُ بالشبهات، فاشترط الأربعة لا الخمسة ولا الثلاثة ليكون على كل واحد من الزانيين شاهدان كما في سائر المواضع، إلا أنه اشترط اجتماع الأربعة هاهنا لقبول الشهادة تحقيقاً لجانب الستر.

وذكر في «المبسوط»: ولا يشترط عدد الأربعة فيما سوى الزنا، العقوبات وغير العقوبات في ذلك سواءٌ، وليس في ذلك معنًى سِوَى أن الله تعالى يحب الستر على العباد، ولا يرضى بإشاعة الفاحشة، فلذلك شرطَ في الزنا زيادة العدد في الشهود، ولهذا جعل النِّسبة إلى هذه الفاحشة في الأجانب موجباً للحد، وفي الزوجات موجباً للِّعان، بخلاف سائر الفواحش ليستر العباد بعضهم على بعض، وبيان ذلك في حديث ماعز رضي الله عنه أن النبي صلَّى الله عليه وسلم قال: «هلَّا سترته بثوبك»، وفي بعض الروايات: «بئس وليّ اليتيم أنت».

قوله: وَالْخَلِيفَتَيْنِ، أي: أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، والدليل على أن المراد

وَالقِصَاصِ، وَلِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةَ البَدَلِيَّةِ لِقِيَامِهَا مَقَامَ شَهَادَةِ الرِّجَالِ فَلَا تُقْبَلُ فِيمَا يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ (وَمِنْهَا الشَّهَادَةُ بِبَقِيَّةِ الحُدُودِ وَالقِصَاصِ تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ

بالخليفتين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما صريح رواية «الأسرار» بذكرهما.

وإنما خصَّهما بالذكر؛ لأنَّ تمهيد قواعد شرائع الإسلام، وإظهار طُرق الأحكام كان أكثر في خلافتهما، أو لورود حديثٍ خاصٍّ في حقهما بقوله صلَّى الله عليه وسلم: «اقتدُوا باللذَيْن من بعدي أبي بكر وعمر» رضي الله عنهما.

قوله: وَلِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةَ البَدَلِيَّةِ، ففي مواضع الاحتياط ألحقت الشبهة بالحقيقة، كما في مسائل الزنا.

ثم حقيقة البدلية لا تعتبر في الحدود وهي الشهادة على الشهادة، فكذا شبهتها، وإنما قلنا: أن في شهادة النساء شبهة البدلية لا حقيقتها؛ لما أن حقيقة البدلية هي التي لا اعتبار للبدل عند إمكان العمل بالأصل، كما في التيمُّم مع الوضوء، والكفارة بالصوم عند إمكان الكفارة بالمال في كفارة اليمين، وهاهنا فيما جاز فيه شهادة النساء جازت شهادتهن مع إمكان شهادة الرجال، فلا يكون في شهادتهنَّ حقيقة البدلية، لكن فيها شبهة البدلية صورةً، فإن قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، خرج على مشابهة قوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍۚ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، حيث اشترط جواز العمل بالثاني من حيث الظاهر عند إمكان العمل بالأول في الآيتين جميعًا، فكانتا متماثلتين في اقتضاء البدلية من هذا الوجه.

ثم البدلية في الآية الثانية حقيقة فكان في الآية الأولى شبهتها لا محالة؛ إذ لا يمكن في شهادتهنَّ إجراء حقيقة البدلية؛ لما قلنا من جواز شهادتهن عند إمكان شهادة الرجال في غير الحدود والقصاص.

قوله: وَمِنْهَا الشَّهَادَةُ بِبَقِيَّةِ الحُدُودِ، كحد الشرب والسرقة يقبل فيها شهادة رجلين؛ لقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ﴾.

رَجُلَيْنِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

فإن قيل: هذا النصُّ ورد في المداينات لما مرَّ، فكيف يكون حجة في الحدود والقصاص؟

قلنا: فيه شيئان: اشتراط عدد الاثنين، والذكورة، فلما اختص باب الزنا بالأربع من الرجال بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّـٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَـٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةً مِّنكُمۡۖ﴾ [النساء: ١٥]، لا يلحق به غيره في حق العدد بالقياس لوجوهٍ، وهي أن القياس لا يجري في المقادير والأعداد.

والثاني: أن القياس لا يجري في الحدود، والثالث: عدم مساواة غيره به؛ لما ذكرنا أن مجرد النسبة إلى الزنا موجب للعقوبة المقدرة، بخلاف سائر الكبائر فلا يجري القياس.

فلمَّا انحطَّ درجة غير الزنا من الحدود لم يكن بدٌّ من إظهار انحطاطه في عدد الشهادة، وليس ذلك إلا اثنين لعدم ورود الشرع في الثلاث، فتعين عدد الاثنين لذلك.

وأمَّا اشتراط الذكورة فَلِحَدِيثِ الزُّهْرِيِّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ المذكور في الكتاب، ولعموم قوله تعالى: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ﴾ [البقرة: ٢٨٢]؛ لما أن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، حتى إن هذه الآية جعلت حجة في غير المداينات من الحقوق، سواءٌ كان مالًا أو غير مال، فجُعلت حجة أيضًا في الحدود؛ لأنَّ الحدود من الحقوق التي تثبت مرَّة بالإقرار ومرة بالشهود بالإجماع، ولا حقوق تثبت شرعًا بالشهود التي فوق الاثنين سوى حدِّ الزنا، فتعيَّن ثبوت سائر الحقوق بالاثنين من الشهود، ومن سائر الحقوق بقيَّة الحدود، فتثبت بشهادة رجلين.

وذكر في «المبسوط»: ثم القياس أن يُكتفى بشهادة الواحد؛ لأنَّ رجحان جانب الصدق يظهر في خبر الواحد بصفة العدالة، ولهذا لو كان خبر الواحد العدل موجباً للعمل، وكما لا يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد ما لم يبلغوا حد التواتر، فلا معنى لاشتراط العدد، ولكن تركنا ذلك بالنصوص التي فيها بيان العدد في الشهادات المطلقة كقوله تعالى: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [الطلاق: ٢].

(وَلَا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ) لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الحُقُوقِ يُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ سَوَاءٌ كَانَ الحَقُّ مَالًا أَوْ غَيْرَ مَالٍ مِثْلُ النِّكَاحِ) وَالطَّلَاقِ وَالعَتَاقِ وَالعِدَّةِ وَالحَوَالَةِ وَالوَقْفِ وَالصُّلْحِ (وَالوَكَالَةِ وَالوَصِيَّةِ) وَالهِبَةِ وَالإِقْرَارِ وَالإِبْرَاءِ وَالوَلَدِ وَالوِلَادِ وَالنَّسَبِ وَنَحْوِ ذَلِكَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ إِلَّا فِي الأَمْوَالِ وَتَوَابِعِهَا لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهَا عَدَمُ القَبُولِ لِنُقْصَانِ العَقْلِ وَاخْتِلَالِ الضَّبْطِ

فإن قيل: في هذه النصوص جواز بيان العمل بشهادة العدد، وليس فيها بيان نفي ذلك بدون العدد، قلنا: لا كذلك فالمقادير في الشرع إمَّا لمنع الزيادة والنقصان، أو لمنع النقصان دون الزيادة كأقل مدة الحيض والسفر، أو لمنع الزيادة دون النقصان كأكثر مدة الحيض، وهذا التقدير ليس لمنع الزيادة، فلو لم يفد منع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة، وحاشا أن يكون التقدير خاليًا عن الفائدة.

وقوله: لِمَا ذَكَرْنَا، إشارة إلى حديث الزهري، وما ذكره من شبهة البدلية.

وقوله: وَالوَصِيَّةِ، أي: الوصاية؛ لأنَّه في تعداد غير المال.

قوله: وَنَحْوِ ذَلِكَ، كالعتاق، والنسب، وتوابعهما كالإعارة، والإجارة، والكفالة، والأجل، وشرط الخيار، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

ثم المعنى في اشتراط عدد الاثنين في هذه الحقوق، أمَّا في الأموال فإن المدعي مع الشاهد الواحد يكون معارضًا لصاحب اليد؛ لأنَّ صاحب اليد ترجح على المدعي بيده؛ لأنَّ الأصل أن الأملاك في يد المُلَّاك، فلمَّا شهد للمدعي رجلٌ واحدٌ صارت دعواه مع دعوى صاحب اليد متعارضين؛ لأنَّ اليد دليل الملك، وكذلك شهادة الواحد أيضًا دليل الملك، ولمَّا انضم إليه شاهدٌ آخر ترجح جانب المدعي فحكم القاضي له، فلمَّا كان لا يثبت ترجيح جانب المدعي إلا بالاثنين تعين ذلك العدد فيه، وكذلك في الدُّيون والنسب؛ لما أن الأصل فراغ الذِّمم، والصدق في الخبر، فيتعادل المدعي مع المدعى عليه بشاهد واحد، فيترجح

وَقُصُورِ الوِلَايَةِ فَإِنَّهَا لا تَصْلُحُ لِلْإِمَارَةِ، وَلِهَذَا لا تُقْبَلُ فِي الحُدُودِ، وَلا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَرْبَعِ مِنْهُنَّ وَحْدَهُنَّ إِلَّا أَنَّهَا قُبِلَتْ فِي الأَمْوَالِ ضَرُورَةً، وَالنِّكَاحُ أَعْظَمُ خَطَرًا وَأَقَلُّ وُقُوعًا فَلا يَلْحَقُ بِمَا هُوَ أَدْنَى خَطَرًا وَأَكْثَرُ وُجُودًا. وَلَنَا أَنَّ الأَصْلَ فِيهَا القَبُولُ لِوُجُودِ مَا يُبْتَنَى عَلَيْهِ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ وَهُوَ المُشَاهَدَةُ وَالضَّبْطُ وَالأَدَاءُ، إِذْ بِالأَوَّلِ يَحْصُلُ العِلْمُ لِلشَّاهِدِ، وَبِالثَّانِي يَبْقَى، وَبِالثَّالِثِ يَحْصُلُ العِلْمُ لِلْقَاضِي

بانضمام شاهد آخر إليه.

وقوله: إِلَّا أَنَّهَا قُبِلَتْ فِي الأَمْوَالِ، استثناء من قوله: لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهَا - أي: في شهادة النساء - عَدَمُ القَبُولِ.

قوله: إِذْ بِالأَوَّلِ - أي: بالمشاهدة - يَحْصُلُ العِلْمُ لِلشَّاهِدِ، وبالضبط يبقى العلم للشاهد، وبأداء الشهادة يحصل العلم للقاضي.

ثم اعلم أن في لفظ الكتاب نوع إخلال؛ فإنه قال: لِوُجُودِ مَا يُبْتَنَى عَلَيْهِ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ وَهُوَ المُشَاهَدَةُ وَالضَّبْطُ وَالأَدَاءُ، حيث فسَّر أهلية الشهادة بهذه الأشياء الثلاثة، وهي المشاهدة، والضبط، والأداء، وبهذه الأشياء لا تثبت أهلية الشهادة، بل أهلية الشهادة إنما تثبت بالولاية وهي: الحرية، والإسلام، والبلوغ، وهذه الأشياء التي ذكرها في الكتاب أسباب التحمل والأداء عند القاضي، ألا ترى أن هذه الأشياء الثلاثة أعني: المشاهدة، والضبط، والأداء حاصلة للعبد، والصبي العاقل، والكافر، ولا شهادة لهم، اللّٰهم إلا إذا جعلت هذه الأشياء الثلاثة تفسيرًا للاسم الموصول المبهم في قوله: لِوُجُودِ مَا يُبْتَنَى عَلَيْهِ، فحينئذٍ يجب أن يقول: وَهُوَ المُشَاهَدَةُ، إلى آخره.

والنسخة المصحَّحة بتصحيح شيخي رحمه الله كانت: وَهِيَ، والصحيح هو ما ذكره في «الأسرار» حيث قال: ولأن الإنسان إنما يصير شاهدًا بكونه وليًّا، والولاية مبنية على الحريَّة، والإرث والنساء في هذا مثل الرجال، والقبول يُبتنى على العدالة وانتفاء التهمة بالكذب،

وَلِهَذَا يُقْبَلُ إِخْبَارُهَا فِي الأَخْبَارِ، وَنُقْصَانُ الضَّبْطِ بِزِيَادَةِ النِّسْيَانِ انْجَبَرَ بِضَمِّ الأُخْرَى إِلَيْهَا فَلَمْ يَبْقَ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَّا الشُّبْهَةُ فَلِهَذَا لا تُقْبَلُ فِيمَا يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، وَهَذِهِ الحُقُوقُ تَثْبُتُ مَعَ الشُّبُهَاتِ وَعَدَمُ قَبُولِ الأَرْبَعِ عَلَى خِلَافِ القِيَاسِ كَيْ لا يَكْثُرَ خُرُوجُهُنَّ.

وللنساء عدالة مثل الرجال.

قوله: وَنُقْصَانُ الضَّبْطِ بِزِيَادَةِ النِّسْيَانِ، جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله بقوله: الأَصْلَ فِيهَا عَدَمُ القَبُولِ لِنُقْصَانِ العَقْلِ وَاخْتِلَالِ الضَّبْطِ، فقال: ذلك النقصان انْجَبَرَ بِضَمِّ الأُخْرَى إِلَيْهَا.

فإن قلتَ: هذا العذر في الجواب منقوضٌ بشهادتين في النكاح، فإنَّ اشتراط الشهادة في النكاح ليس لخوف النسيان، فإن المقصودَ منه حضور من هو أهلٌ للشهادة وقت النكاح، ولا يتصور النسيان في الحضور بعدما حضر، فكان ينبغي أن ينعقد النكاح بشهادة رجل وامراة واحدة لحصول عدد الاثنين، والأمر عن خوف النسيان.

قلتُ: هذا إشكالٌ ذكره الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في نكاح «المبسوط» ثم قال: ولكنَّا نقول: قد ثبتَ بالنص أن المرأتين شاهدٌ واحدٌ، فكانت المرأة الواحدة نصف الشاهد ونصف الشاهد لا يثبت شيئاً، ولهذا لو شهد رجلان وامرأةٌ ثم رجعوا لم تضمن المرأة شيئاً، بخلاف ما لو شهد ثلاثة من الرجال، أو رجلان وامرأتان.

قوله: فَلَمْ يَبْقَ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَّا الشُّبْهَةُ، أي: شبهة البدلية، وتلك غير مانعة في النكاح والأموال.

قوله: وَهَذِهِ الحُقُوقُ، إشارة إلى ما ذكره بقوله: مِثْلُ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالوَكَالَةِ وَالوَصِيَّةِ.

قوله: تَثْبُتُ مَعَ الشُّبُهَاتِ، أمَّا النكاح والطلاق فظاهر؛ لأنَّهما يثبتان مع الهزل والإكراه، ولا يحتملان التراخي مع خيار الشرط، بخلاف الأموال حيث لا يثبت البيع، والإجارة، والمضاربة وغيرها مع الهزل، فلمَّا تثبت هذه الأشياء، أعني: البيع وأمثاله بشهادة

قَالَ: (وَتُقْبَلُ فِي الوِلَادَةِ وَالبَكَارَةِ وَالعُيُوبِ بِالنِّسَاءِ فِي مَوْضِعٍ لا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «شَهَادَةُ النِّسَاءِ

النساء عند اختلاط الرجال مع أنَّها لا تثبت بالهزل، فلأَن تثبت بشهادتهن النكاح والطلاق وهما تثبتان بالهزل بالطريق الأَوْلَى.

وأمَّا الوكالة، والوصية، والأموال فإنه يجري فيها كتاب القاضي إلى القاضي، والشهادة على الشهادة، وهي آية ثبوتها مع الشبهات، فيثبت لذلك بشهادة النساء أيضًا وإن كان فيها شبهة البدليَّة؛ إذ الشبهة تثبت بالشبهة، كحرمة النساء تثبت مع أحد وصفي علة الرِّبا، وقد ذكرناه في الرِّبا.

قوله: وَتُقْبَلُ فِي الوِلَادَةِ وَالبَكَارَةِ وَالعُيُوبِ بِالنِّسَاءِ فِي مَوْضِعٍ لا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ، ثم اعلم أنه ذكر هاهنا ثلاثة أشياء، ثم خصَّ بشهادة امرأة واحدة، وهذا التخصيص صحيح في حق البكارة لا في حق الولادة والعيوب، فإن شهادة رجل واحد تقبل أيضًا فيهما؛ لأنَّه ذكر في «الإيضاح» مطلقاً بقوله: وتقبل شهادة رجل واحد على الولادة؛ لأنَّه إذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول شهادة رجل واحد أَوْلَى.

وكذا ذكر في باب شهادة النساء من شهادات «المبسوط»، وقال: ولم يذكر في الكتاب أنه لو شهد بذلك - أي: بالولادة والعيب في موضع لا يطلع عليه الرجال - رجلٌ واحدٌ، بأن قال: فاجأتُها فاتفق نظري إليها، والجواب أنه لا يمتنع قبول شهادته إذا كان عدلًا في مثل هذا الموضع، ثم الصحيح أنه لا يشترط العدد؛ لأنَّ شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة، فلمَّا ثبت المشهود به هاهنا بشهادة امرأةٍ واحدةٍ، فبشهادة رجل واحد أَوْلَى، وقد قال بعض مشايخنا: أنه وإن قال: تعمّدتُ النظر، تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا.

وأمَّا الاستهلال فإنِّي لا أقبل فيه شهادة النساء إلا في الصلاة عليه، وأمَّا في الميراث فلا أقبل في ذلك أقل من رجلين أو رجل وامرأتين في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: تقبل في ذلك شهادة امرأةٍ واحدةٍ حرَّةٍ مسلمةٍ عدلةٍ.

قوله: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: شَهَادَةُ النِّسَاءِ، إلى أن قال: وَالجَمْعُ المُحَلَّى

جَائِزَةٌ فِيمَا لا يَسْتَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إِلَيْهِ» وَالجَمْعُ المُحَلَّى بِالأَلِفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الجِنْسُ فَيَتَنَاوَلُ الأَقَلَّ.

بِالأَلِفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الجِنْسُ، فيتناول الأقل، وهذا ممَّا يُحفظ في إبطال الألف واللام في معنى الجمعيَّة، وإن كان ذكر الجمع في موضع الإثبات فكان ردًّا لقول بعض الأحداث: أن ما ذكر في «أصول الفقه» لفخر الإسلام رحمه الله وغيره بقوله: وقد يصير هذا النوع، أي: العام بصيغة الجمع مجازًا عن الجنس إذا دخله لام التعريف، هذا إذا كان في موضع النفي، فأمَّا إذا كان في موضع الإثبات فمعنى الجمعية لا يبطل بدخول الألف واللام؛ لاطراد النظائر على ما ادعاه طردًا وعكسًا.

أمَّا الطرد ففي قوله تعالى: ﴿لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعۡدُ﴾ [الأحزاب: ٥٢]، وقول من قال: لا اشتري العبيد ولا أتزوج النساء، وكذلك قولهم: إن تزوجت النساء أو اشتريت العبيد؛ لما أن موضع الشرط موضع النفي؛ لأنَّ الشرط إنما يكون في أمر معدوم.

وأمَّا عكسه ففي مسألة الخلع، والإقرار، والوصيَّة، في قولها: اخلعني على ما في يدي من الدراهم، وقوله: لفلان عليَّ من الدراهم، وقوله: أوصيت لفلان بالدراهم، حيث ينصرف إلى ثلاثة دراهم في هذه الصور الثلاث؛ لأنَّها أقل الجمع عُلم بِها أن معنى الجمعية في الجموع إنما يبطل بدخول الألف واللام إذا كان في موضع النفي لا في موضع الإثبات، وهذا الذي قاله يتراءى مستقيمًا من حيث اتفاق النظائر واستقامتها، لكن ما ذكره من الدليل في «أصول الفقه» في بطلان معنى الجمعية بدخول الألف واللام، لا يفرق بين أن يكون في موضع الإثبات أو في موضع النفي، وهذا الذي ذكره في الكتاب بيِّن بأن الحكم في موضع الإثبات أيضًا كذلك.

وذكر في «المبسوط» أيضًا كما ذكر في الكتاب، وتبلى العذر عمَّا استدلوا ببقاء معنى الجمعيَّة في مواضع الإثبات التي ذكروها، لو وفقنا الله تعالى بفضله ورحمته بعد إتمام ما نحن فيه على «الشرح الكافي» لـ«أصول الفقه» لفخر الإسلام رحمه الله إن شاء الله تعالى، وهو الميسِّر لكل عسير، وعلى كل ما يشاء قدير.

وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي اشْتِرَاطِ الأَرْبَعِ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا سَقَطَتِ الذُّكُورَةُ لِيَخِفَّ النَّظَرُ لِأَنَّ نَظَرَ الجِنْسِ إِلَى الجِنْسِ أَخَفُّ فَكَذَا يَسْقُطُ اعْتِبَارُ العَدَدِ

قوله: وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ فِي اشْتِرَاطِ الأَرْبَعِ، وعلى ابن أبي ليلى في اشتراط الاثنين، ذكره في «المبسوط».

وذكر في «الإيضاح» مالكاً مكان ابن أبي ليلى، فالشافعيُّ رحمه الله يقول: كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادة كما في المداينات، وبهذا يستدل ابن أبي ليلى إلا أنه يقول: المعتبر في الشهادات شيئان: العدد والذكورة، وقد تعذَّر اعتبارُ أحدهما وهو الذكورة هاهنا، ولم يتعذر اعتبار العدد فيبقى مُعتبَرًا كما في سائر الشهادات.

وحجَّتنا في ذلك حديث حذيفة رضي الله عنه أن رسول الله صلَّى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة على الولادة وقال: «شهادة النساء جائزة فيما لا يطلع عليه الرجال»، والنساء اسم جنس فيدخل فيه أدنى ما يتناول فيه الاسم.

قوله: وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا سَقَطَتِ الذُّكُورَةُ لِيَخِفَّ النَّظَرُ لِأَنَّ نَظَرَ الجِنْسِ إِلَى الجِنْسِ أَخَفُّ، وذكر في استحسان «المبسوط»: وإذا أصاب امرأة قرحة في موضع لا يحل للرجل أن ينظر إليه، لا ينظر إليه، ولكن علمت امرأة دواها فتُداويها؛ لأنَّ نظر الجنس إلى الجنس أخف، ألا ترى أن المرأة تُغسِّل المرأة بعد موتها دون الرجل، وكذلك في امرأة العنين تنظر إليها النساء، فإن لم تجد امرأة تداوي تلك القرحة، ولم يقدروا على امرأة تعلم ذلك، وخافوا أن تهلك أو يصيبها بلاء، أو وجع لا يحتمل، فلا بأس بأن يستر منها كل شيء إلا موضع تلك القرحة، ثم يداويها رجل، ويغضُّ بصره ما استطاع إلا عن ذلك الموضع؛ لأنَّ نظر الجنس إلى غير الجنس أغلظ، فيعتبر فيه تحقُّق الضرورة، وذوات المحارم وغيرهن في ذلك سواء؛ لأنَّ النظر إلى موضع العورة لا يحل بسبب المحرميَّة، فكان المحرم وغير المحرم فيه سواءً.

قوله: فَكَذَا يَسْقُطُ اعْتِبَارُ العَدَدِ، أي: يسقط اعتبار العدد في النساء اللاتي ينظرن إلى موضع الولادة والبكارة، حتى اكتفي بالواحدة؛ لأنَّ نظر الواحدة أخف من نظر الاثنين والثلاث، كما أنَّ نظر الجنس أخف من نظر غير الجنس.

إِلَّا أَنَّ الْمُثَنَّى وَالثَّلَاثَ أَحْوَطُ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الإِلْزَامِ (ثُمَّ حُكْمُهَا فِي الوِلَادَةِ شَرَحْنَاهُ فِي الطَّلَاقِ).

فإن قلتَ: في هذا التعليل نوع مناقضة؛ لأنّه لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لخفة نظرها، لما كان نظر الاثنين والثلاث أحوط من نظر الواحدة، كما أن نظر الرجل لم يكن أحوط مع كمال عقله من نظر المرأة؛ لما أن نظر الجنس أخف.

قلتُ: ليس فيه مناقضةٌ، بل فيه عمل بالدلائل بقدر الإمكان، بيان ذلك ما ذكره في شهادات «المبسوط» وقال:

وحقيقة المعنى أن نظر الرجل إلى هذا الموضع غير متعذر ولا ممتنع، ولكن نظر الجنس إلى الجنس أخف، فإذا أمكن تحصيل المقصود بشهادة النساء يسقط اعتبار صفة الذكورة لهذا المعنى، وهذا المعنى موجود في العدَد، فإن نظر الواحدة أخف من نظر الجماعة، فيسقط اعتبار العدد بالمعنى الذي يسقط اعتبار الذكورة، ولهذا لا يسقط اعتبار الحريَّة فيه؛ لأنَّ نظر المملوكة ليس بأخف من نظر الحرة، ولهذا لا يسقط أيضًا اعتبار الإسلام فيه؛ لأنَّ نظر الكافرة ليس بأخف من نظر المسلمة، فيُعتبر من الشرائط ما يمكن اعتباره، ولا يعتبر ما لا يمكن اعتباره، على هذا الحرف نُسلم أنه شهادة، ولكن يدعى أنه سقط اعتبار العدد فيه بالمعنى الذي سقط اعتبار الذكورة.

وفي الحاصل: هذا أخذ شبيهـًا من الأصلين: من الشهادات لمعنى الإلزام، ومن الإخبار؛ لأنَّ صفة الذكورة فيه لا تشترط ثمَّة، فوفَّرنا حظه على الشبهتين فقلنا: لشبهه بالإخبار سقطَ اعتبار العدد فيه شرطـًا، ويبقى معتبَرًا احتياطـًا كما في رواية الإخبار بأنَّ الواحد يكفي والمثنى والثلاث أحوط، لزيادة طمأنينة القلب، ولاعتباره بالشَّهادة شرطنا فيه الحرية والإسلام، ولفظة الشهادة؛ وهذا لأنَّه مختص بمجلس القاضي، فلهذا يُشترط فيه لفظة الشهادة.

قوله: ثُمَّ حُكْمُهَا، أي: حكم شهادة امرأة واحدة.

قوله: شَرَحْنَاهُ فِي - باب - الطَّلَاقِ، أي: في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق

وَأَمَّا حُكْمُ البَكَارَةِ فَإِنْ شَهِدْنَ أَنَّهَا بِكْرٌ يُؤَجَّلُ فِي العِنِّينِ سَنَةً وَيُفَرَّقُ بَعْدَهَا لِأَنَّهَا تَأَيَّدَتْ بِمُؤَيِّدٍ إِذِ البَكَارَةُ أَصْلٌ، وَكَذَا فِي رَدِّ المَبِيعَةِ إِذَا اشْتَرَاهَا بِشَرْطِ البَكَارَةِ، فَإِنْ قُلْنَ إِنَّهَا ثَيِّبٌ يَحْلِفُ البَائِعُ لِيَنْضَمَّ نُكُولُهُ إِلَى قَوْلِهِنَّ وَالعَيْبُ يَثْبُتُ بِقَوْلِهِنَّ فَيَحْلِفُ البَائِعُ، وَأَمَّا شَهَادَتُهُنَّ عَلَى اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ لا تُقْبَلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي حَقِّ الإِرْثِ لِأَنَّهُ مِمَّا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ إِلَّا فِي حَقِّ الصَّلَاةِ لِأَنَّهَا مِنْ أُمُورِ

وهو قوله: وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ ... لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا، فَجَحَدَ الزوج الوِلَادَةَ تَثْبُتُ الولادة بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ، وَإِنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إِذَا وَلَدْتِ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَشَهِدَتِ امْرَأَةٌ عَلَى الوِلَادَةِ لَمْ تَطْلُقْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: تَطْلُقُ، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ قَدْ أَقَرَّ بِالحَبَلِ طَلُقَتْ مِنْ غَيْرِ شَهَادَةٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، يعني: تثبت الولادة بقول امرأةٍ، وعندهما تشترط شهادة القابلة.

قوله: وَأَمَّا حُكْمُ البَكَارَةِ، إلى آخره، شرح ذلك ما ذكره في استحسان «المبسوط» فقال: وحاصله أن شهادتهن متى تأيّدت بمؤيد كانت حجة، والبكارة في النساء أصل، فإذا قلن: إنَّها بكر تأيّدت شهادتهن بما هو الأصل، فإن قلن: هي ثيب، تجردت شهادتهن عن مؤيدٍ، فلا بد من أن يُستحلف الزوج حتى ينضم نكوله إلى شهادتهن، وكذلك لو اشترى جارية على أنَّها بكر فقبضها فقال: وجدتها ثيبًا، فإن النساء ينظرن إليها للحاجة إلى فصل الخصومة بينهما، فإن قلن: هي بكر فلا يمين على البائع؛ لأنَّ شهادتهن قد تأيّدت بأصل البكارة، وبمقتضى البيع وهو اللزوم، وإن قلن: هي ثيب يُستحلف البائع؛ لتجرد شهادتهن عن مؤيّد، فإذا انضم نكول البائع إلى شهادتهن رُدَّت عليه.

قوله: وَالعَيْبُ يَثْبُتُ بِقَوْلِهِنَّ فَيَحْلِفُ البَائِعُ، فإن قلتَ: في هذا اللفظ مناقضة؛ لأنَّ العيبَ لو ثبت بقولهن لا يحلف البائع، بل ترد عليه الجارية، فكيف يكون تحليف البائع نتيجةً لثبوت العيب في الجارية، بل ثبوت العيب مثبت للرد لا للتَّحليف.

الدِّينِ. وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ فِي حَقِّ الإِرْثِ أَيْضًا لِأَنَّهُ صَوْتٌ عِنْدَ الوِلَادَةِ وَلَا يَحْضُرُهَا الرِّجَالُ عَادَةً فَصَارَ كَشَهَادَتِهِنَّ عَلَى نَفْسِ الوِلَادَةِ.

قَالَ: (وَلَا بُدَّ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ مِنَ العَدَالَةِ وَلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّاهِدُ لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ وَقَالَ أَعْلَمُ أَوْ أَتَيَقَّنُ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ) أَمَّا العَدَالَةُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وَلِأَنَّ العَدَالَةَ هِيَ المُعِينَةُ لِلصِّدْقِ، لِأَنَّ مَنْ يَتَعَاطَى غَيْرَ الكَذِبِ قَدْ يَتَعَاطَاهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الفَاسِقَ إِذَا كَانَ وَجِيهًا فِي النَّاسِ

قلتُ: معناه: والعيبُ يثبت بقولهنَّ في حق سماع الدعوى وحق التَّحليف، حتى أنَّهن لو لم يقلن إنَّها ثيِّب ليس للمشتري ولاية تحليف البائع، بل القولُ قول البائع: إنَّها بكر؛ لتمسكه بالأصل، فكان معنى هذا القول: أي: العيب يثبت بقولهنَّ في الحال، فيحلف البائع بأنه لم يكن بها ذلك العيبُ في الوقت الذي كانت في يدي، وإنما احتيج إلى شهادتهن في إثبات العيب بها في الحال في حق التحليف؛ لما ذكر في باب العيوب **بقوله:** وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَادَّعَى إِبَاقًا لَمْ يُحَلَّفَ البَائِعُ، حَتَّى يُقِيمَ المُشْتَرِي البَيِّنَةَ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ - أي: عند المشتري - إلى أن قال: وَإِنْكَارُهُ - أي: إنكار البائع في حق التحليف - إِنَّمَا يُعْتَبَرُ بَعْدَ قِيَامِ العَيْبِ بِهِ فِي يَدِ المُشْتَرِي وَمَعْرِفَتِهِ بِالحُجَّةِ، فَإِذَا أَقَامَهَا حَلَفَ.

قوله: وَلَا بُدَّ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ مِنَ العَدَالَةِ، وفي «المبسوط»: والعدالة: هي الاستقامة، وليس لكمالها نهاية، وإنما يعتبر منه القدر الممكن وهو انزجاره عما يعتقده حرامًا في دينه.

وذكر في «الذخيرة»: وأحسن ما قيل في تفسير العدل ما نُقل عن أبي يوسف رحمه الله أن العدل في الشهادة أن يكون مجتنبًا عن الكبائر، ولا يكون مُصِرًّا على الصغائر، ويكون صلاحه أكثر من فساده، وصوابه أكثر من خطائه.

التعاطي: التناول.

ذَا مُرُوءَةٍ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِأَنَّهُ لا يُسْتَأْجَرُ لِوَجَاهَتِهِ وَيَمْتَنِعُ عَنِ الكَذِبِ لِمُرُوءَتِهِ، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ، إِلَّا أَنَّ القَاضِيَ لَوْ قَضَى بِشَهَادَةِ الفَاسِقِ يَصِحُّ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَصِحُّ، وَالمَسْأَلَةُ مَعْرُوفَةٌ، وَأَمَّا لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ فَلِأَنَّ النُّصُوصَ نَطَقَتْ بِاشْتِرَاطِهَا إِذِ الأَمْرُ فِيهَا بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ، وَلِأَنَّ فِيهَا زِيَادَةَ تَوْكِيدٍ، فَإِنَّ قَوْلَهُ أَشْهَدُ مِنَ أَلْفَاظِ اليَمِينِ كَقَوْلِهِ أَشْهَدُ بِاللهِ فَكَانَ الِامْتِنَاعُ عَنِ الكَذِبِ بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ

قوله: وَالأَوَّلُ أَصَحُّ، وهو عدم قبول شهادة الفاسق مطلقاً، سواء كان ذا وجاهة أو لم يكن؛ وذلك لأنَّ قبول الشهادة في العمل بها إكرام الشاهد كما قال صلَّى الله عليه وسلم: «أكرموا الشهود فإن الله تعالى يحيي الحقوق بهم»، وفي حق الفاسق أُمرنا بخلاف ذلك؛ قال صلَّى الله عليه وسلم: «إذا لقيتَ الفاسقَ فالقَه بوجهٍ مُكفهَرٍ»، ومن يكون معلناً بالفسق فلا مروءة له شرعًا، فلهذا لا تقبل شهادته، كذا في «المبسوط».

ولأن قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوۡمَۢا﴾ [الحجرات: ٦]، مطلق يتناول الفاسق الوجيه والخامل، وهذا النص هو الموجب لرد شهادة الفاسق.

قوله: فَلِأَنَّ النُّصُوصَ نَطَقَتْ بِاشْتِرَاطِهَا، المرادُ بنطق النصوص باشتراط لفظة الشهادة هو ورود نظمها بلفظ الشهادة، والإشهاد، والاستشهاد، نحو قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ﴾ [الطلاق: ٢]، ﴿وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله صلَّى الله عليه وسلم: «إذا علمتَ مثل الشمس فاشهد وإلا فدع».

لا أن يكون اشتراطها صريحًا بتلك اللفظة، وإلى هذا أشار **بقوله:** إِذِ الأَمْرُ فِيهَا بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ، فلمَّا جاء الأمر بهذه اللفظة لا يجوز تبديلها بلفظ آخر.

فإن قيل: يُشكل على هذا لفظ التكبير، فإنه جاء في أمر التكبير بذلك اللفظ في قوله: ﴿وَرَبَّكَ فَكَبِّرۡ ۝٣﴾ [المدثر: ٣]، ومع ذلك أجاز أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تبديله بلفظ

أَشَدَّ. وَقَوْلُهُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ إِشَارَةٌ إِلَى جَمِيعِ مَا تَقَدَّمَ حَتَّى يُشْتَرَطَ العَدَالَةُ، وَلَفْظَةُ الشَّهَادَةِ فِي شَهَادَةِ النِّسَاءِ فِي الوِلَادَةِ وَغَيْرِهَا هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الإِلْزَامِ حَتَّى اخْتَصَّ بِمَجْلِسِ القَضَاءِ وَلِهَذَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الحُرِّيَّةُ وَالإِسْلَامُ.

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَقْتَصِرُ الحَاكِمُ عَلَى ظَاهِرِ العَدَالَةِ فِي المُسْلِمِ وَلَا يَسْأَلُ عَنْ حَالِ الشُّهُودِ حَتَّى يَطْعَنَ الخَصْمُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -

آخر في معناه في قوله: الله أجل، أو: الله أعظم.

قلنا: الفرق بينهما ظاهرٌ؛ لما أن التكبير للتعظيم، وفي قوله: الله أعظم، صريح التعظيم فكان هو مثله من كل وجه، فيقوم مقامه لعدم التفاوت بينهما.

وأمَّا لفظ الشهادة فيُنبئ عن المشاهدة لفظاً، ويذكر للقسم استعمالاً، فلمَّا كان كذلك فالحكم المعلق جوازه باللفظ الذي له زيادة وكادة في الأخبار لا يكون متعلقاً بجواز لفظ هو دونه؛ ولأن قبول الشهادة في إلزام الحكم على القاضي يثبت، بخلاف القياس على ما ذكرنا في أوائل كتاب الشهادات، فيُراعى جميع ما ورد فيه النص، ومن الذي ورد هو لفظ الشهادة فيراعى هو، وأمَّا لفظ التكبير للتعظيم فهو موافق للقياس فيما فيه التعظيم، فيتعدى حكمه إلى موضع وُجد حكمه فلذلك افترقا.

قوله: وَلَفْظَةُ الشَّهَادَةِ فِي شَهَادَةِ النِّسَاءِ فِي الوِلَادَةِ وَغَيْرِهَا هُوَ الصَّحِيحُ، هذا احتراز عن قول العراقيين فإنَّهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة، فإنه ذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله في قول القابلة في مسألة الولادة: وهل يشترط لفظة الشهادة؟ ففي «شرح بكر» رحمه الله: قال مشايخ بلخ وبخارى: يشترط، وقال العراقيون: لا، واتفقوا على أنه يشترط الحرية، والعقل، والبلوغ، والإسلام.

قوله: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: يَقْتَصِرُ الحَاكِمُ عَلَى ظَاهِرِ العَدَالَةِ فِي المُسْلِمِ، فإن قيل: أين ذهب قولكم: الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق؟ وهاهنا يثبت المدَّعي استحقاق المدَّعى به بإقامة البينة، فيجبُ أن لا يكتفى بالظاهر.

«الْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ، إِلَّا مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ» وَمِثْلُ ذَلِكَ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ هُوَ الِانْزِجَارُ عَمَّا هُوَ مُحَرَّمٌ دِينُهُ، وَبِالظَّاهِرِ كِفَايَةٌ إِذْ لَا وُصُولَ إِلَى الْقَطْعِ. (إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فَإِنَّهُ يَسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ) لِأَنَّهُ يَحْتَالُ لِإِسْقَاطِهَا فَيُشْتَرَطُ الِاسْتِقْصَاءُ فِيهَا، وَلِأَنَّ الشُّبْهَةَ فِيهَا دَارِئَةٌ، وَإِنْ طَعَنَ الْخَصْمُ فِيهِمْ سَأَلَ عَنْهُمْ لِأَنَّهُ تَقَابَلَ الظَّاهِرَانِ فَيَسْأَلُ طَلَبًا لِلتَّرْجِيحِ.

قلنا: الظاهر هنا قائم مقام الدليل القطعي؛ لما أنه لا إمكان إلى الوصول إلى الدليل القطعي؛ وذلك لأنَّه لو لم يكتف بظاهر العدالة يحتاج إلى تزكية المزكي، وقبول قول المزكي في التعديل أيضًا عملٌ بالظاهر؛ لما أن الظاهر أن المزكي في قوله: هو عدلٌ غير كاذبٍ؛ لأنَّ المزكي مسلم، والظاهر من حال المسلم أنه لا يكذب، فلو لم يكتف بظاهر عدالة الشاهد لكونه عملًا بالظاهر يجب أن لا يكتفى بظاهر عدالة المزكي أيضًا؛ لأنَّه عملٌ بالظاهر، فحينئذٍ يحتاج إلى مزكٍّي آخر في تعرف عدالة المزكي الأول، وكذلك في الثالث، والرابع، وهذا أمر يؤدي إلى التسلسل.

وقولهم: إن الظاهر لا يكفي للاستحقاق، قلنا: قد يكفي له إذا لم ينازعه آخر، ألا ترى أن الشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده الثابتة على داره إذا لم ينازعه المشتري في ذلك، وهاهنا أيضًا كذلك؛ لأنَّ كلامنا فيما إذا لم يطعن المدَّعى عليه في الشهود، ولو طعن فحينئذٍ يسأل عنهم، كما لو نازع المشتري الشفيع فيما في يد الشفيع بأنه لا ملك له فيه، إلى هذا أشار في «الأسرار».

وقوله: **إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ**، استثناء عن قوله: **يَقْتَصِرُ الْحَاكِمُ عَلَى ظَاهِرِ الْعَدَالَةِ**، وإن طعن الخصمُ فيهم يسأل عنهم، هذا في غير الحدود والقصاص، فإنه قد ذكر أنَّ في الحدود والقصاص لا يتوقف السؤال عن الشهود إلى الطعن.

قوله: لِأَنَّهُ تَقَابَلَ الظَّاهِرَانِ، يعني: كما أن الظاهر في أن الشهود لا يكذبون في شهادتهما فكذلك الخصم إذا طعن فيهم فالظاهر أنه لا يكذب في طعنه، فيحتاج القاضي

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: لا بُدَّ أَنْ يَسْأَلَ عَنْهُمْ فِي السِّرِّ وَالعَلَانِيَةِ فِي سَائِرِ الحُقُوقِ)؛ لِأَنَّ القَضَاءَ مَبْنَاهُ عَلَى الحُجَّةِ وَهِيَ شَهَادَةُ العُدُولِ فَيَتَعَرَّفُ عَنِ العَدَالَةِ، وَفِيهِ صَوْنُ قَضَائِهِ عَنِ البُطْلَانِ. وَقِيلَ هَذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ وَالفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا فِي هَذَا الزَّمَانِ.

قَالَ: (ثُمَّ التَّزْكِيَةُ فِي السِّرِّ أَنْ يَبْعَثَ المَسْتُورَةَ إِلَى المُعَدِّلِ فِيهَا النَّسَبُ وَالحِلْيُ وَالمُصَلَّى

حينئذٍ إلى التَّرجيح.

قوله: وَفِيهِ صَوْنُ قَضَائِهِ عَنِ البُطْلَانِ، أي: على تقدير ظهور الشهود عبيدًا، أو كفارًا، يبطل القضاء.

المَسْتُورَة: اسم الرقعة التي يكتبها القاضي، ويبعثها سرًّا بيد أمينه إلى المزكي، سُميت بها؛ لأنَّها تُستر عن نظر العوام.

وذكر في «المغرب»: حلية الإنسان صفته، وما يُرى منه من لونٍ وغيره، والجمع حُلى بالضم والكسر.

وَالمُصَلَّى: قيل: المراد به المحلَّة، والظاهر أن المراد به مسجد المحلة.

اعلم أن التزكية على نوعين: تزكية السرِّ، وتزكية العلانية، فصورة تزكية العلانية أن يجمع القاضي بين المُعدِّل والشاهد فيقول المعدل للشاهد الذي عدَّله: هذا الذي عدلتُه، وصورة تزكية السر أن يبعث القاضي رسولاً إلى المزكي، أو يكتب إليه كتابًا فيه أسماء الشهود، وأنسابهم، وحلاهم، ومحالهم، وسوقهم إن كانوا سوقية حتى يتعرف المزكي، فيسأل عن جيرانهم وأصدقائهم، فإذا عرَّفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي إليه: أنه عدل جائز الشهادة، ومن عرفه بالفسق لا يكتب ذلك تحت اسمه، بل يسكت احترازًا عن هتك الستر، أو يقول: الله أعلم، إلا إذا عدَّله غيره وخاف أنه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته، فحينئذٍ يصرح بذلك، ومن لم يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي: مستورٌ، ثم القاضي إن شاء جمع بين تزكية العلانية وبين تزكية

وَيَرُدُّهَا المُعَدِّلُ) كُلُّ ذَلِكَ فِي السِّرِّ كَيْ لا يَظْهَرَ فَيُخْدَعَ أَوْ يُقْصَدَ (وَفِي العَلَانِيَةِ لا بُدَّ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ المُعَدِّلِ وَالشَّاهِدِ) لِتَنْتَفِي شُبْهَةُ تَعْدِيلِ غَيْرِهِ، وَقَدْ كَانَتِ

السرِّ، وإن شاء اكتفى بتزكية السرِّ، كذا في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

قوله: وَيَرُدُّهَا المُعَدِّلُ، أي: ويرد المستورة المُعدِّل لينتفي شبهة تعديل غيره؛ لأنَّه قد يتسمَّى الرجل باسم غيره، فإن الاثنين قد يتفقان في الاسم والنسبة، وقال الخصاف رحمه الله: ينبغي أن يكون المعدِّل في السرِّ غير المعدل في العلانية، وينبغي للقاضي أن يختار للمسائلة عن الشهود من كان عدلًا، ليمكن الاعتماد على قوله، وينبغي أن يكون صاحب خبرة بالناس ولا يكون مُنزويًا لا يخالط الناس؛ لأنَّه إذا لم يخالط الناس لا يعرف العدل من غير العدل، وينبغي أن لا يكون طمَّاعًا ولا فقيرًا حتى لا يخدع بالمال، وأن يكون فقيهًا يعرف أسباب الجرح والتعديل.

وينبغي للمعدِّل أن يختار السؤال عن الشهود من كان موصوفًا بالأوصاف التي شرطت في المزكي، وإنما يسأل جيرانه وأهل سوقه؛ لأنَّهم أعرف بحاله، وإن لم يجد في جيرانه وأهل سوقه من يصلح للتعديل يسأل أهل مجلسه، فإن وجد كلهم غير ثقاة يعتبر في ذلك تواتر الأخبار، وإن كان المعدِّل لا يعرف الشهود بالعدالة فأخبره رجلان عدلان وسعه أن يُعدِّلهما؛ لأن خبر العدلين حجَّة مطلقة يجوز قطع الحكم به، فيجوز للمدِّل التعديل به، ألا ترى أنه إذا شهد عند رجل عدلان على النسب وسعه أن يشهد على النسب، فكذا هاهنا.

قال ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله: أقبل في تزكية السرِّ المرأة، والعبد، والمحدود في القذف إذا كانوا عدولًا، ولا أقبل في تزكية العلانية إلا تزكية من أقبل شهادته؛ لأنَّ تزكية السرِّ من باب الإخبار والمخبر به أمرٌ دينِيٌّ، وقول هؤلاء في الأمور الدينية مقبول إذا كانوا عدولًا، ألا ترى أنه تُقبل روايتهم في الإخبار عن رسول الله صلَّى الله عليه وسلم، ويجب الصوم بقولهم.

وأمَّا تزكية العلانية فنظير الشهادة من حيث أن القضاء لا يجب إلا بهما، كما لا يجب إلا بالشهادة، حتى شرط في المزكِّي في تزكية العلانية ما هو الشرط في الشهادة من العدالة،

الْعَلَانِيَةُ وَحْدَهَا فِي الصَّدْرِ الأَوَّلِ، وَوَقَعَ الاكْتِفَاءُ بِالسِّرِّ فِي زَمَانِنَا تَحَرُّزًا عَنِ الْفِتْنَةِ. وَيُرْوَى عَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -: تَزْكِيَةُ الْعَلَانِيَةِ بَلَاءٌ وَفِتْنَةٌ. ثُمَّ قِيلَ: لَا بُدَّ أَنْ يَقُولَ الْمُعَدِّلُ هُوَ عَدْلٌ جَائِزُ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ الْعَبْدَ قَدْ يُعَدَّلُ، وَقِيلَ يَكْتَفِي بِقَوْلِهِ هُوَ عَدْلٌ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ ثَابِتَةٌ بِالدَّارِ وَهَذَا أَصَحُّ.

قَالَ: (وَفِي قَوْلِ مَنْ رَأَى أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ الْخَصْمِ إِنَّهُ عَدْلٌ) مَعْنَاهُ

والبلوغ، والحرية، والعقل، والبصر، وأن لا يكون محدودًا في قذف سوى لفظ الشهادة، فإنه شرط بالإجماع وهؤلاء لا يصلحون للشهادة فلا يصلحون لتزكية العلانية، وعلى هذا تزكية الوالد لولده، وتزكية الولد لوالده في السرِّ جائزة؛ لأنَّها من باب الإخبار، كذا في «الذخيرة».

قوله: تَحَرُّزًا عَنِ الْفِتْنَةِ، وكانت التزكية في عهد الصحابة رضي الله عنهم علانية؛ لأنَّ القوم كانوا صلحاء، والمعدِّل كان لا يتوقى عن الجرح؛ لأنَّهم كانوا لا يقابلونه بالأذى لو جرحهم، وفي زماننا تُركت تزكية العلانية؛ لأنَّها بلاءٌ وفتنةٌ؛ لأنَّ الشهود يقابلون الجارح بالأذى، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَهَذَا أَصَحُّ؛ لأنَّ في زماننا كل من ينشأ في دار الإسلام كان الظاهر من حاله الحرية، ولهذا لا يسأل القاضي عن إسلامه وحريته وإنَّما يسأل عن عدالته، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصَّغير».

قوله: قَالَ: وَفِي قَوْلِ مَنْ رَأَى أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ، إلى آخره أي: قال أبو حنيفة رضي الله عنه: وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود، وهو أبو يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لما تقدم قُبيل هذا بقوله: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: يَقْتَصِرُ الْحَاكِمُ عَلَى ظَاهِرِ الْعَدَالَةِ فِي الْمُسْلِمِ، إلى أن قال: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا بُدَّ أَنْ يَسْأَلَ عَنْهُمْ فِي السِّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ.

والدليل على هذا ما ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله بعد ذكر اختلافهم في التزكية على هذا الوجه فقال: ثم فرَّع أبو حنيفة رحمه الله فقال: على قول من يرى المسألة

قَوْلُ المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّهُ يَجُوزُ تَزْكِيَتُهُ، لَكِنْ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَضُمُّ تَزْكِيَةَ الآخَرِ إِلَى تَزْكِيَتِهِ لِأَنَّ العَدَدَ عِنْدَهُ شَرْطٌ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ فِي زَعْمِ المُدَّعِي وَشُهُودِهِ أَنَّ الخَصْمَ كَاذِبٌ فِي إِنْكَارِهِ مُبْطِلٌ فِي إِصْرَارِهِ فَلَا يَصْلُحُ مُعَدِّلًا، وَمَوْضُوعُ المَسْأَلَةِ إِذَا قَالَ هُمْ عُدُولٌ إِلَّا أَنَّهُمْ أَخْطَئُوا أَوْ نَسُوا، أَمَّا إِذَا قَالَ صَدَقُوا أَوْ هُمْ عُدُولٌ صَدَقَةٌ فَقَدِ اعْتَرَفَ بِالحَقِّ. (وَإِذَا كَانَ رَسُولُ القَاضِي الَّذِي يَسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ وَاحِدًا جَازَ وَالِاثْنَانِ أَفْضَلُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَجُوزُ إِلَّا اثْنَانِ، وَالمُرَادُ مِنْهُ المُزَكِّي، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ رَسُولُ القَاضِي إِلَى المُزَكِّي وَالمُتَرْجِمُ عَنِ الشَّاهِدِ.

عن الشهود، فكان هذا نظير مسألة المزارعة، لم يقبل قول الخصم أنه عدل معناه قول المدعى عليه، وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: أنه يجوز، هذا إذا كان المدَّعى عليه عدلًا يصلح مزكيًا، فإن كان فاسقًا، أو مستورًا، أو سكت عن جواب المدعي ولم يجحد، فلمَّا شهدوا عليه قال: هم عُدولٌ، لا يصح هذا التعديل؛ لأنَّ العدالة في المزكي شرط عند الكل ولم يوجد، وعند محمد رحمه الله أن القاضي يسأل المدَّعى عليه: شهدوا عليك بحق أم بغير حق؟ فإن قال: بحق، فهو إقرارٌ، وإن قال: بغير حق، لا يقضي بشيءٍ، كذا في «الجامع الصَّغير» لقاضي خان.

قوله: وَإِذَا كَانَ رَسُولُ القَاضِي - أي: المزكي على ما يذكر في الكتاب، فكان **قوله**: - الَّذِي يَسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ، صفة الرسول وتفسيره، والذي يسأل عنه عن الشهود وهو المزكي، فكان المراد برسول القاضي هو المزكي.

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ إِلَّا اثْنَانِ، أي: في الحكم الذي يثبت بشهادة رجلين كما في عامة الأحكام، وأمَّا في الحكم الذي يحتاج القاضي إلى أربعة من الشهود في الحكم يشترط فيه الأربعة من المزكين أيضًا، كذا ذكره في «الذخيرة»، وكذا ذكره

لَهُ أَنَّ التَّزْكِيَةَ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ القَضَاءِ تَنْبَنِي عَلَى ظُهُورِ العَدَالَةِ وَهُوَ بِالتَّزْكِيَةِ فَيُشْتَرَطُ فِيهِ العَدَدُ كَمَا تُشْتَرَطُ العَدَالَةُ فِيهِ، وَتُشْتَرَطُ الذُّكُورَةُ فِي المُزَكِّي وَالحُدُودِ وَالقِصَاصِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ وَلِهَذَا لا يُشْتَرَطُ فِيهِ لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ وَمَجْلِسُ القَضَاءِ، وَاشْتِرَاطُ العَدَدِ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ فِي الشَّهَادَةِ فَلَا يَتَعَدَّاهَا.

(وَلا يُشْتَرَطُ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ فِي المُزَكِّي فِي تَزْكِيَةِ السِّرِّ) حَتَّى صَلُحَ العَبْدُ مُزَكِّيًا، فَأَمَّا فِي تَزْكِيَةِ العَلَانِيَةِ فَهُوَ شَرْطٌ، وَكَذَا العَدَدُ بِالإِجْمَاعِ عَلَى مَا قَالَهُ الخَصَّافُ - رَحِمَهُ اللهُ - لِاخْتِصَاصِهَا بِمَجْلِسِ القَضَاءِ. قَالُوا: يُشْتَرَطُ الأَرْبَعَةُ فِي تَزْكِيَةِ شُهُودِ الزِّنَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -.

في الكتاب أيضًا بُعيد هذا، ثم قال في «الذخيرة»: وأجمعوا على أن ما سوى العدد في سائر شرائط الشهادة سوى التلفظ بلفظة الشهادة من العدالة، والبلوغ عن عقل، والبصر، وأن لا يكون محدودًا في قذف، والحرية شرطٌ.

قوله: وَتُشْتَرَطُ الذُّكُورَةُ فِي المُزَكِّي فِي الْحُدُودِ، أي: بالإجماع، وإليه أشار في «المختلف».

قوله: وَاشْتِرَاطُ العَدَدِ أَمْرٌ تَحَكُّمِيٌّ فِي الشَّهَادَةِ، أي: أمر تعبُّدي لا تدركه العقول، فكان حكماً ثابتاً بالنص بخلاف القياس، فلا يتجاوز هذا الحكم من الموضع الذي ورد فيه النص باشتراطه إلى غيره، وقد ذكرنا من «المبسوط» بأن اشتراط العدد في الشهادات أمر ثابت بالنص بخلاف القياس؛ لأنَّ رجحان الصدق في حق العمل بالعدالة لا بالعدد، كما في رواية حديث النبي صلَّى الله عليه وسلم، وفي حق العلم بالتواتر، وإذا كان كذلك لا معنى لاشتراط العدد في الشهادات، لكن تركنا ذلك القياس بالنصوص التي فيها بيان العدد.

قوله: فَلَا يَتَعَدَّاهَا، أي: فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة إلى التزكية.

قوله: يُشْتَرَطُ الأَرْبَعَةُ فِي تَزْكِيَةِ شُهُودِ الزِّنَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّ التزكية عنده في معنى الشهادة على ما ذكر، فلذلك يُشترط الأربعة في مزكي شهود الزنا كما يشترط في الشهادة.

(فَصْلٌ)

وَمَا يَتَحَمَّلُهُ الشَّاهِدُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ بِنَفْسِهِ مِثْلُ الْبَيْعِ وَالْإِقْرَارِ وَالْغَصْبِ وَالْقَتْلِ وَحُكْمِ الْحَاكِمِ، فَإِذَا سَمِعَ ذَلِكَ الشَّاهِدُ أَوْ رَآهُ وَسِعَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ (لِأَنَّهُ عَلِمَ مَا هُوَ الْمُوجِبُ بِنَفْسِهِ) وَهُوَ الرُّكْنُ فِي إِطْلَاقِ الْأَدَاءِ، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦] وَقَالَ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ».

فصلٌ

في هذا الفصل أحكام تتعلق بأداء الشهادة، بأن الشاهد كيف يشهد عند القاضي؟

قوله: أَحَدُهُمَا مَا يَثْبُتُ ... بِنَفْسِهِ، أي: لا يحتاج فيه إلى الإشهاد، بل يجوز للشَّاهد أن يشهد بدون الإشهاد، بخلاف الشهادة على الشهادة.

قوله: فَإِذَا سَمِعَ ذَلِكَ، أي: ما كان من الأقوال: مِثْلَ الْبَيْعِ، وَالْإِقْرَارِ، وَحُكْمِ الْحَاكِمِ.

قوله: أَوْ رَآهُ، أي: ما كان من الأفعال: مِثْلَ الْغَصْبِ وَالْقَتْلِ.

قوله: وَهُوَ الرُّكْنُ، أي: عِلْمِ مَا هُوَ الْمُوجِبُ بِنَفْسِهِ هُوَ الرُّكْنُ في تجويز الأداء عند القاضي، جعل العلم ركنًا لأداء الشهادة مع أنه شرط فيه، بدليل قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾، جعل كونهم عالمين حالًا للشهود والأحوال شروط، وكذلك في الحديث حيث جعله صريح الشرط بقوله: «إِذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ»، وإنما جعله هكذا لزيادة تأثيره في توقف صحَّة أداء الشهادة إلى العلم.

قَالَ: (وَيَقُولُ أَشْهَدُ أَنَّهُ بَاعَ وَلا يَقُولُ أَشْهَدَنِي) لِأَنَّهُ كَذِبٌ، (وَلَوْ سَمِعَ مِنْ وَرَاءِ الحِجَابِ لا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ، وَلَوْ فَسَّرَ لِلْقَاضِي لا يَقْبَلُهُ) لِأَنَّ النَّغْمَةَ تُشْبِهُ النَّغْمَةَ فَلَمْ يَحْصُلِ العِلْمُ (إِلَّا إِذَا كَانَ دَخَلَ البَيْتَ وَعَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ أَحَدٌ سِوَاهُ ثُمَّ جَلَسَ عَلَى البَابِ وَلَيْسَ فِي البَيْتِ مَسْلَكٌ غَيْرُهُ فَسَمِعَ إِقْرَارَ الدَّاخِلِ وَلا يَرَاهُ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ) لِأَنَّهُ حَصَلَ العِلْمُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ (وَمِنْهُ مَا لا يَثْبُتُ الحُكْمُ فِيهِ بِنَفْسِهِ مِثْلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، فَإِذَا سَمِعَ شَاهِدًا يَشْهَدُ بِشَيْءٍ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ إِلَّا أَنْ يُشْهِدَ عَلَيْهَا) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ غَيْرُ مُوجِبَةٍ بِنَفْسِهَا، وَإِنَّمَا تَصِيرُ مُوجِبَةً بِالنَّقْلِ

قوله: وَيَقُولُ أَشْهَدُ أَنَّهُ بَاعَ، وهذا في البيع الصريح ظاهر، وأمَّا إذا كان البيع بطريق التعاطي ووقعت الحاجة إلى الشهادة فالشُّهود كيف يشهدون؟ قيل: يشهدون على الأخذ والإعطاء ولا يشهدون على البيع؛ لأنَّ التعاطي بيعٌ حكمي وليس ببيع حقيقي، وقيل: لو شهدوا على البيع يجوز، كذا في «الذخيرة».

وكذلك في الإقرار يقول: أشهد أن فلانًا أقرَّ بكذا.

قوله: وَلَوْ فَسَّرَ لِلْقَاضِي لا يَقْبَلُ، بأن قال: إنِّي أشهد بالسماع من وراء الحجاب.

النَّغْمَةُ: الكلام الخفي، من حدِّ منعَ وضربَ، يقال: فلان حسن النغمة، إذا كان حسن الصوت في القراءة.

وعن محمد بن مقاتل رحمهما الله: إذا سمع الرجل صوت امرأةٍ من وراء الحجاب وشهدَ عنده اثنان أنها فلانة بنت فلان، لا يجوز أن يشهد عليها، أطلق الجواب إطلاقًا، وكان الفقيه أبو الليث يقول: إذا أقرَّت المرأة من وراء الحجاب وشهد عنده اثنان أنَّها فلانةٌ، لا يجوز لمن سمع إقرارها أن يشهد على إقرارها إلا إذا رأى شخصها، يعنِي: حال ما أقرَّت، فحينئذٍ يجوز له أن يشهد على إقرارها، شرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها، كذا في «الذخيرة».

إِلَى مَجْلِسِ القَضَاءِ فَلَا بُدَّ مِنَ الإِنَابَةِ وَالتَّحْمِيلِ وَلَمْ يُوجَدْ (وَكَذَا لَوْ سَمِعَهُ يُشْهِدُ الشَّاهِدَ عَلَى شَهَادَتِهِ لَمْ يَسَعْ لِلسَّامِعِ أَنْ يَشْهَدَ) لِأَنَّهُ مَا حَمَّلَهُ وَإِنَّمَا حَمَّلَ غَيْرَهُ.

قال: (وَلَا يَحِلُّ لِلشَّاهِدِ إِذَا رَأَى خَطَّهُ أَنْ يَشْهَدَ إِلَّا أَنْ يَتَذَكَّرَ الشَّهَادَةَ) لِأَنَّ الخَطَّ يُشْبِهُ الخَطَّ فَلَمْ يَحْصُلِ العِلْمُ. قِيلَ هَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -،

قوله: فَلَا بُدَّ مِنَ الإِنَابَةِ وَالتَّحْمِيلِ وَلَمْ يُوجَدْ، فلا تصح الشهادة بدون التحميل؛ لأنَّ شاهد الفرع لا علم له بالحق، لكنه ينقل شهادة غيره عند محمد رحمه الله بطريق التوكيل، حتى لو رجع الأصول دون الفروع وجب الضمان على الأصول في قول محمد رحمه الله، ولو رجع الأصول والفروع جميعًا يخير المشهود عليه: إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع، فلا يصير وكيلًا إلا بأمره.

وعند أبي حنيفة رضي الله عنه وإن لم يكن الإشهاد توكيلًا، حتى لو أشهد إنسانًا على شهادته ثم منعه عن الأداء لا يصح منعه، وكان لشاهد الفرع أن يشهد على شهادته، ولو رجع الأصول لا يجب الضمان عليهم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، إلا أن شهادة الأصول إنما تصير حجة بالنقل إلى مجلس القضاء ولهذا تعتبر عدالة الأصول، فلا يكون لغيره أن يجعل كلامه حجة إلا بأمره، فلا يشهد على شهادته إلا بشهادةٍ.

قوله: وَكَذَا لَوْ سَمِعَهُ يُشْهِدُ الشَّاهِدَ عَلَى شَهَادَتِهِ لَمْ يَسَعْ لِلسَّامِعِ أَنْ يَشْهَدَ؛ لما قلنا: أنه لا يصح إلا بأمره، وشاهد الأصل لم يأمر السامع بالشهادة، فصاحب الملك إذا وكَّل إنسانًا بالتصرف فسمع غيره لم يصر السامع وكيلًا، فرق بين هذا وبين ما لو سمع قاضيًا يُشهد قومًا على قضائه، كان للسامع أن يشهد على قضائه؛ لأنَّ قضاء القاضي حجة ملزمة، ومن عاين الحجة حل له أن يشهد من غير إشهاد، كما لو عاين الإقرار، أو البيع، أو غير ذلك، فأمَّا الشهادة في غير مجلس القضاء غير ملزمة فكانت إنابة بالنقل، ولم توجد الإنابة في حق السامع، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

وفي قوله: فَإِذَا سَمِعَ شَاهِدًا يَشْهَدُ بِشَيْءٍ لَمْ يَجُزْ، إلى آخره، أي: في غير مجلس

وَعِنْدَهُمَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ. وَقِيلَ هَذَا بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنَّمَا الخِلَافُ فِيمَا إِذَا وَجَدَ

القضاء، هكذا وجدتُ بخط شيخي رحمه الله.

وفيما ذكرنا من تعليل قاضي خان بقوله: فأمَّا الشهادة في غير مجلس القضاء غير ملزمة، كأنه إشارةٌ إليه، حتى لو سمع شاهدًا يشهد عند القاضي بشهادةٍ حلَّ للسامع أن يشهد؛ لأنَّ شهادة الذي شهد عند القاضي مُلزمة فصارت بمنزلة إشهاد القاضي قومًا على قضائه كما ذكرنا، والله تعالى أعلم.

وقوله: وَقِيلَ هَذَا بِالِاتِّفَاقِ، إشارة إلى أول المسألة وهو قوله: وَلا يَحِلُّ لِلشَّاهِدِ إِذَا رَأَى خَطَّهُ أَنْ يَشْهَدَ، أي: هاهنا لا يحل للشاهد أن يشهد بالاتفاق.

قوله: وَإِنَّمَا الخِلَافُ فِيمَا إِذَا وَجَدَ القَاضِي شَهَادَتَهُ فِي دِيوَانِهِ، أي: الشهود شهدوا فأثبت القاضي هذه الشهادة في قمطره، ثم جاء المشهود له يطلب الحكم، وجعل هذه المسألة في أدب القاضي من «المبسوط» ثلاثة فصول كما هو المذكور في باب السُّنن من «أصول الفقه»:

(١) أحدها: أن القاضي إذا وجد في ديوانه صحيفة فيها شهادة لا يحفظ أنَّهم شهدوا عنده بذلك، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله عليه أن يتفكر في ذلك حتى يتذكر، وليس له أن يقضي بذلك إن لم يتذكره، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إذا وجد ذلك في قمطره تحت خاتمه فعليه أن يقضي به وإن لم يتذكر، وهذا نوع رخصة منهما، فالقاضي لكثرة أشغاله يعجز عن أن يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب، وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذا جاز له أن يعتمد على الكتاب عند النِّسيان؛ فإن الآدمي ليس في وسعه التحرّز عن النسيان، ألا ترى إلى ما ذكره الله تعالى في حق من هو معصوم: ﴿سَنُقۡرِئُكَ فَلَا تَنسَىٰٓ ۝٦﴾ [الأعلى: ٦]، وفي تخصيصه بذلك بيان أن غيره ينسى، قال الله تعالى: ﴿وَلَقَدۡ عَهِدۡنَآ إِلَىٰٓ ءَادَمَ مِن قَبۡلُ فَنَسِيَ﴾ [طه: ١١٥]، ولو لم نجز له الاعتماد على كتابه عند نسيانه أدَّى إلى الحرج، والحرج مدفوعٌ، وما كان في قمطره تحت خاتمه فالظاهر أنه حق، وإن لم يصل إليه يد مغيِّرة ولا زائدة فيه، فالقاضي مأمور بإتباع الظاهر.

القَاضِي شَهَادَتَهُ فِي دِيوَانِهِ،

ومذهب أبي حنيفة رحمه الله هو العزيمة، فالمقصود من الكتاب أن يتذكر إذا نظر فيه؛ لأنَّ الكتاب للقلب كالمرآة للعين، وإنما تعتبر المرآة ليحصل الإدراك بالعين، وإذا لم يحصل كان وجوده كعدمه، فكذلك التذكر بالقلب عند النظر فيه، فإذا لم يتذكر كان وجوده كعدمه؛ وهذا لأنَّ الكتاب يُزوَّر ويُفتعل به، والخطُّ يشبه الخطَّ، والخاتم يشبه الخاتمَ، وليس للقاضي أن يقضي إلا بالعلم، وبوجود الكتاب لا يستفيد العلم مع احتمال التزوير والافتعال.

(٢) والثاني: في الشاهد إذا وجد شهادته في صكٍّ، وعلم أنه خطه وهو معروف ولكن لم يتذكر الحادثة.

(٣) والثالث: إذا سمع الحديث فوجده مكتوبًا بخطه، ووجد سماعه مكتوبًا بخط غيره وهو خط معروف؛ ولكنه لم يتذكَّر الحادثة في الفصول الثلاثة عند أبي حنيفة رضي الله عنه ليس له أن يعتمد الكتاب، ولهذا قلَّت روايته؛ لأنَّه كان يشترط في الرواية الحفظ من حين يسمع إلى أن يروي، وإليه أشار رسول الله صلَّى الله عليه وسلم: «نضَّر الله امرأً سمع منا مقالةً، فوعاها كما سمعها، ثم أدَّاها إلى من لم يسمعها».

ومحمد رحمه الله أخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة للتسير على الناس، وقال: يُعتمد خطه إذا كان معروفاً، وأبو يوسف رحمه الله في مسألة القاضي ورواية الأخبار أخذ بالرخصة؛ لأنَّ المكتوب كان في يده، وفي مسألة الشهادة أخذ بالعزيمة فقال: الصكُّ الذي فيه الشهادة كان في يد الخصم فلا يأمن الشاهد التغيير والتبديل فيه، فلا يُعتمد خطه في الشهادة ما لم يتذكر الحادثة، وإن وجد القاضي سجلًا في خريطته ولم يتذكر الحادثة فهو على الخلاف الذي بيَّنا، وإن نسيَ قضاؤه ولم يكن سجل فشهد عنده شاهدٌ: إنك قضيت بكذا لهذا على هذا، فإن تذكر أمضاه، وإن لم يتذكر فلا إشكال أن على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقضي بذلك، وقيل: على قول أبي يوسف رحمه الله لا يعتمد ذلك، وعند محمد رحمه الله يعتمد ذلك فيقضي به، وعلى هذا من سمع من غيره حديثًا ثم نسي ذلك الحديث راوي الأصل فسمعه ممَّن يروي عنه، فعند أبي يوسف رحمه الله ليس له أن يعتمد رواية الغير عنه، كما لا يفعل ذلك شاهد الأصل إذا شهد عنده شاهدُ الفرع على شهادته، وعند محمد رحمه الله له

أَوْ قَضِيَّتَهُ، لِأَنَّ مَا يَكُونُ فِي قِمَطْرِهِ فَهُوَ تَحْتَ خَتْمِهِ يُؤْمَنُ عَلَيْهِ مِنَ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ فَحَصَلَ لَهُ العِلْمُ بِذَلِكَ وَلا كَذَلِكَ الشَّهَادَةُ فِي الصَّكِّ لِأَنَّهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا تَذَكَّرَ المَجْلِسَ الَّذِي كَانَ فِيهِ الشَّهَادَةُ أَوْ أَخْبَرَهُ قَوْمٌ مِمَّنْ يَثِقُ بِهِ أَنَّا شَهِدْنَا نَحْنُ وَأَنْتَ.

أن يعتمد ذلك للتيسير من الوجه الذي قرَّرناه.

وعلى هذا الوجه المسائل التي اختلف فيها أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الرواية في «الجامع الصَّغير»، وهي ثلاث مسائل سمعها محمد عن أبي يوسف، ثم نسي ذلك أبو يوسف رحمه الله، فكان لا يعتمد رواية محمد رحمه الله بناء على مذهبه في ذلك، ومحمد رحمه الله كان لا يدع الرواية مع ذلك بناءً على مذهبه في ذلك، فحال القاضي كذلك.

وقوله: أَوْ قَضِيَّتَهُ، أي: قضيته التي وجد حكمه مكتوباً في خريطته، يحل للقاضي أن يحكم به عندهما وإن لم يتذكر الحادثة، بخلاف الشَّهَادَةِ فِي الصَّكِّ على ما ذكرنا.

قوله: فِي قِمَطْرِهِ، أي: خريطته، وإنما خصَّ دليلهما **بقوله**: لِأَنَّ مَا يَكُونُ فِي قِمَطْرِهِ؛ لأنَّه ذكر أولًا دليل أبي حنيفة رحمه الله **بقوله**: لِأَنَّ الخَطَّ يُشْبِهُ الخَطَّ.

وقوله: وَعَلَى هَذَا، إشارة إلى المذكور قبله، وهو القيلان المذكوران قبله **بقوله**: قِيلَ هَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، ... وَقِيلَ هَذَا بِالِاتِّفَاقِ.

قوله: إِذَا تَذَكَّرَ المَجْلِسَ الَّذِي كَانَ فِيهِ الشَّهَادَةُ، أي: تذكَّر المكان دون الحادثة، فكان تذكُّر المكان بمنزلة معرفة خطه في الشهادة دون الحادثة؛ لأنَّ الشهادة مشتقَّة من المشاهدة، فالمعنى من الاشتقاق: أن تنتظم الصيغتين معنًى واحدًا بعد اشتراكهما في الحروف الأصول، وهو موجود هاهنا فكان مشتقًّا فصار كالبيع، يعني أن واحدًا إذا أخبره بالبيع لا يسع للسامع بالبيع بالسماع، بل بالمشاهدة بالبيع، كذا هاهنا؛ وذلك لأن الشهادة لا تجوز إلا بعلم، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ۝٨٦﴾ [الزخرف: ٨٦]،

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِشَيْءٍ لَمْ يُعَايِنْهُ إِلَّا النَّسَبَ وَالمَوْتَ وَالنِّكَاحَ وَالدُّخُولَ وَوِلَايَةَ القَاضِي فَإِنَّهُ يَسَعُهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ إِذَا أَخْبَرَهُ بِهَا مَنْ يَثِقُ بِهِ)

﴿وَمَا شَهِدْنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا﴾ [يوسف: ٨١]؛ لأنَّ الشاهد يُعلم القاضي حقيقة الحال، ويميز الصادق من المخبر من الكاذب، ولا يتحقق ذلك منه إذا لم يعلم به، وإنما يستفيد العلم بمعاينة السبب، أو بالخبر المتواتر.

فأمَّا بالسامع فلا يستفيد العلم، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦]، وحكم المال أخف من حكم النكاح، فإذا كانت الشهادة على المال بالتسامع لا يجوز، ففي النكاح أَوْلَى، وفي التسامع القاضي والشاهد سواءٌ، ثم لا يجوز للقاضي أن يقضي بالتسامع، فكذلك لا يجوز للشاهد، إلا أنا استحسنَّا جواز الشهادة على هذه الأشياء الأربعة وهي: النسب، والنكاح، والقضاء، والموت، لتعامل الناس في ذلك واستحسانهم، ألا ترى أنا نشهد أن عمرَ بنُ الخطاب، وعليُّ بنُ أبي طالب رضي الله عنهما، فإنَّهما ماتا ولم ندرك شيئًا من ذلك، ونشهد أن فاطمة رضي الله عنها زوجة عليٍّ، وأن أسماء امرأة أبي بكر رضي الله عنهم، ونشهد أن شريحًا رحمه الله كان قاضيًا، ونشهد أنَّهم قدماتوا ولم ندرك شيئًا من ذلك.

ثم هذه أسباب يقترن بها ما يشتهرُ، فإن النسب يشتهر بالتهنئة، والموت بالتعزية، والنكاح بالشهود، والوليمة والقضاء بقراءة المنشور، فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان في إفادة العلم، بخلاف الأموال وغيرها، يوضحه: أن هذه الأشياء قل ما يُعاين سببها حقيقةً، فسبب النسب الولادة ولا يحضرها إلا القابلة، وسبب القضاء تقليد السلطان ولا يعاين ذلك إلا الخواص من الناس، فلو لم تجز الشهادة عليها بالتسامع أدَّى إلى الحرج، بخلاف البيوع وغيرها، فإنه كلام يسمعه كل أحد، وسبب الملك هو اليد وهو ممَّا يُعاينه كل أحد، فلهذا لا تجوز الشهادة عليها بالتسامع.

ثم الأحكام التي تتعلق بهذه الأشياء الأربعة تبقى بعد انقضاء قرون، فلو لم تُجوّز الشهادة عليها بالتسامع لتعطلت تلك الأحكام بانقضاء تلك القرون، ولهذا قلنا في الصحيح

وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالقِيَاسُ أَنْ لا تَجُوزَ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مُشْتَقَّةٌ مِنَ المُشَاهَدَةِ وَذَلِكَ بِالعِلْمِ وَلَمْ يَحْصُلْ فَصَارَ كَالبَيْعِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ هَذِهِ أُمُورٌ تَخْتَصُّ بِمُعَايَنَةِ

من الجواب: أن الشهادة على أصل الوقف بالتسامع جائزة، ولكن على شرائط الوقف لا تجوز الشهادة بالتسامع؛ لأنَّ أصل الوقف يشتهر، وأمَّا شرائطه فلا تشتهر، فلا بدَّ للشاهد من نوع علم ليشهد، كذا في «المبسوط».

وأمَّا الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع، ذكر الخصاف رحمه الله أنه يجوز؛ لأنَّ هذا أمر يشتهر، ويتعلق به أحكام مشهورة من النسب، والمهر، والعدة، وثبوت الإحصان، بخلاف الزنا حيث لا تجوز الشهادة فيها بالتسامع؛ لأنَّ الزنا فاحشة، والشهادة بالتسامع إنما جازت احتيالًا لإحياء حقوق الناس، والفاحشة لا يُحتال لإثباتها، وأمَّا الشهادة على المهر بالشهرة والتسامع، فقد ذكر في نكاح «المنتقى» أنه يجوز، كذا في «الذخيرة»، ثم صوَّر تحمل الشهادة في هذه الأربعة:

أمَّا النسب: فصورته إذا سمع الرجل من الناس أن فلان ابن فلان الفلانِي وسعه أن يشهد بذلك، وإن لم يعاين الولادة على فراشه للتوارث والتعامل؛ فإنا نشهد أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه ابن أبي قُحافة، وعُمر رضي الله عنه بن الخطاب، وعثمان بن عفان رضي الله عنه، وعلي رضي الله عنه ابن أبي طالب، ونحن ما رأينا أبا قحافة، ولا الخطاب، ولا عفان، ولا أدركناهم؛ ولأنَّ سبب النسب العلوق منه، وإنه لا يمكن الوقوف عليه حقيقةً؛ لأنَّه أمر باطن لا يعلمه إلا الله تعالى، وسبب العلوق هو الوطئ يكون سرًّا من الناس، لا يعرفه إلا الواطئان، والولادة لا يعرفها غير القابلة، فتعذر الوقوف على حقيقته، فلم نُكلف الشهود معرفة حقيقته، واكتفي فيه بالدليل الظاهر وهو الشهرة.

وأمَّا النكاح: فصورته إذا رأى رجلًا يدخل على امرأة، وسمع من الناس أن فلانة زوجة فلان، يسعه أن يشهد أنَّها زوجته وإن لم يعاين عقد النكاح للتوارث، وكذا في غيره، كذا في «الذخيرة».

وقيل: في الموت يكتفى بإخبار واحد وواحدة، فقد فرَّقوا جميعًا بين الموت وبين

أَسْبَابِهَا خَوَّاصٌ مِنَ النَّاسِ، وَيَتَعَلَّقُ بِهَا أَحْكَامٌ تَبْقَى عَلَى انْقِضَاءِ القُرُونِ، فَلَوْ لَمْ تُقْبَلْ فِيهَا الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ أَدَّى إِلَى الحَرَجِ وَتَعْطِيلِ الأَحْكَامِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّهُ يَسْمَعُهُ كُلُّ أَحَدٍ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِالِاشْتِهَارِ وَذَلِكَ بِالتَّوَاتُرِ أَوْ بِإِخْبَارِ

الأشياء الثلاثة، فاكتفوا بخبر الواحد في الموت دون الأشياء الثلاثة، ووجه الفرق أن الموت قد يتَّفق في موضع لا يكون ثمة إلا واحد، فلو قلنا: أنه لا يسع الشهادة على الموت بإخباره، ضاعت الحقوق المتعلقة بالموت، بخلاف هذه الأشياء الثلاثة؛ لأنَّ الغالب فيها أن تكون بين الجماعة، أمَّا النكاح فإنه لا ينعقد إلا بشهادة الاثنين، وتقليد الإمام القضاء يكون بين الجماعة في الغالب، وكذلك الولادة.

ثمَّ عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تجوز الشهادة بخبر الاثنين في النسب، والقضاء، والنكاح، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة، بحيث يقع في قلبه صدقُ الخبر.

ثم في الأشياء الثلاثة إذا ثبتت الشهرة عندهما بخبر عدلين، يُشترط أن يكون الإخبار بلفظة الشهادة، كذا ذكره الخصاف، وشيخ الإسلام، وبه أخذ الصدر الشهيد برهان الدين الجُندي رحمهما الله؛ لأنَّ لفظة الشهادة توجب زيادة علم شرعًا لا توجبه لفظة الخبر، وفي فصل الموت لمَّا تثبت الشهرةُ بخبر الواحد بالإجماع، لم يشترط فيه لفظة الشهادة من الواحد، كذا في «الذخيرة».

وينبغي أن يطلق أداء الشهادة ويقول: أشهد أنه ابنه، أو أشهد أنَّها امرأته، وأمَّا لو فسَّر القاضي أنه يشهد بالتسامع لم تُقبل شهادته، ولكن ذكر في «الفصول» للإمام الأستروشني رحمه الله وقال: قال رشيد الدين[1]: شهدا على النكاح فسألهما القاضي: هل كنتما حاضرَيْن؟ فقالا: لا، فإنه تقبل شهادتهما؛ لأنَّه يحل لهما الشهادة على النكاح بناء على التسامع، أو

(١) هو الإمام رشيد الدين، أبو بكر، محمد بن عمر بن عبد الله، المعروف بالصَّائغ، السنجي، توفي سنة (٥٩٨ هـ)، من مؤلفاته: «شرح تكملة القدوري»، و«الفتاوى الرشيدية»، وغيرهما.
انظر: «الجواهر المضية» (٢/ ١٠٣)، «معجم المؤلفين» (٢/ ١٠٣).

مَنْ يَثِقُ بِهِ كَمَا قَالَ فِي الكِتَابِ.

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يُخْبِرَهُ رَجُلَانِ عَدْلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ لِيَحْصُلَ لَهُ نَوْعُ عِلْمٍ. وَقِيلَ فِي المَوْتِ يَكْتَفِي بِإِخْبَارِ وَاحِدٍ أَوْ وَاحِدَةٍ لِأَنَّهُ قَلَّمَا يُشَاهِدُ غَيْرُ الوَاحِدِ إِذِ الإِنْسَانُ يَهَابُهُ وَيَكْرَهُهُ فَيَكُونُ فِي اشْتِرَاطِ العَدَدِ بَعْضُ الحَرَجِ، وَلا كَذَلِكَ النَّسَبُ وَالنِّكَاحُ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُطْلِقَ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ. أَمَّا إِذَا فَسَّرَ لِلْقَاضِي أَنَّهُ يَشْهَدُ بِالتَّسَامُعِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ كَمَا أَنَّ مُعَايَنَةَ اليَدِ فِي الأَمْلَاكِ تُطْلِقُ الشَّهَادَةَ، ثُمَّ إِذَا فَسَّرَ لا تُقْبَلُ كَذَا هَذَا. وَلَوْ رَأَى إِنْسَانًا جَلَسَ مَجْلِسَ القَضَاءِ يَدْخُلُ عَلَيْهِ الخُصُومُ حَلَّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى كَوْنِهِ قَاضِيًا، وَكَذَا إِذَا رَأَى رَجُلًا وَامْرَأَةً يَسْكُنَانِ بَيْتًا وَيَنْبَسِطُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى الآخَرِ انْبِسَاطَ الأَزْوَاجِ كَمَا إِذَا رَأَى عَيْنًا فِي يَدِ غَيْرِهِ.

بناء على أنَّهما رأياهما يسكنان في موضع، وقيل: لا تقبل؛ لأنَّهما لمَّا قالا: لم نعاين العقد، تبيَّن للقاضي أنَّهما يشهدان بناءً على التسامع، ولو شهدا وقالا: نشهد لأنَّا سمعنا، لا تقبل شهادتهما، فكذا هذا.

وقال صاحب «العُدَّة»: لو شهدا عند القاضي وقالا: نشهد أن فلانًا ماتَ، أخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما، هو الأصح، والخصاف رحمه الله جوَّز شهادة ذلك أيضًا، وفيه اختلاف المشايخ.

وقال الإمام ظهير الدين رحمه الله: لو شهدا على النكاح والنسب وفسَّرا وقال: لأنِّي سمعتُ ذلك من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب، لا يقبل، وقيل: يقبل، وكذلك إذا قال: دفنَّاه، أو شهدنا جنازته تُقبل الشهادة؛ لأنَّه لا يُدفن ولا يوضع على الجنازة إلا الميت، فكان شهادةٌ على الموت.

وهاهنا مسألةٌ عجيبةٌ لا رواية لها: أنه إذا لم يعاين الموت إلا واحدًا، ولو شهد عند القاضي لا يقضي بشهادته وحده ما ذا يصنع؟ قالوا: يخبر بذلك عدلًا مثله، فإذا سمع منه حلَّ

وَمَنْ شَهِدَ أَنَّهُ شَهِدَ دَفْنَ فُلَانٍ أَوْ صَلَّى عَلَى جِنَازَتِهِ فَهُوَ مُعَايَنَةٌ، حَتَّى لَوْ فَسَّرَ لِلْقَاضِي قَبْلَهُ ثُمَّ قَصرَ الِاسْتِثْنَاءَ فِي الكِتَابِ عَلَى هَذِهِ الأَشْيَاءِ الخَمْسَةِ يَنْفِي اعْتِبَارَ التَّسَامُعِ فِي الوَلَاءِ وَالوَقْفِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - آخِرًا أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الوَلَاءِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»،

له أن يشهد على موته، فيشهد هو مع ذلك الشاهد حتى يقضي القاضي بشهادتهما.

وذكر رشيد الدين رحمه الله في «فتاواه»: لو شهد رجل بالموت وشهد آخر بالحياة، فالمرأة تأخذ بقول من كان عدلًا منهما، سواء كان العدل أخبر بالموت أو بالحياة، ولو كان كل منهما عدلين تأخذ بقول من أخبر بالموت؛ لأنه يثبت العارض.

وذكر فيها أيضًا: أنه إنما تجوز الشهادة على الموت بالسماع إذا كان الرجل معروفًا مشهورًا، بأن كان عالمـًا، أو من العمَّال، أمَّا إذا كان تاجرًا، أو من هو مثله لا تجوز الشهادة على الموت إلا بالمعاينة.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ آخِرًا أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الوَلَاءِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»، ثم الشهادة على النسب بطريق التسامع والشُّهرة جائزة، فكذلك على الولاء؛ لأنَّ النبي صلَّى الله عليه وسلم قرن بينهما، ألا ترى أنا نشهد أن قُنبَرًا مولى عليّ، وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهم، وإن لم ندرك ذلك.

ثم الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد قرن كالحكم المتعلق بالنسب، فلو لم تجوَّز الشهادة عليه بالتسامع تعطَّلت الأحكام المتعلقة بالولاء، وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن العتق إزالة ملك اليمين بالقول، فلا تجوز الشهادة عليه بالتسامع كالبيع، وبيانُه فيما قرَّرنا أن العتق كلامٌ يسمعه الناس كالبيع، وليس كالولادة، فلا حاجة إلى إقامة التسامع فيه مقام البينة، ثم لا يقترن بسبب الولاء ما يشتهر به، فالإنسان يعتق عبده ولا يعلم به غيره، فكان هذا دون البيع؛ لأنَّ البيع لا ينعقدُ ما لم يعلم به المشتري، والعتق نافذ وإن لم يعلم المعتق، بخلاف ما تقدَّم؛ لأنَّه يقترن بأسبابه ما يشتهر به من الوجه الذي قرَّرنا،

وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الوَقْفِ لِأَنَّهُ يَبْقَى عَلَى مَرِّ الأَعْصَارِ، إِلَّا أَنَّا نَقُولُ الوَلاءُ يُبْتَنَى عَلَى زَوَالِ المِلْكِ وَلا بُدَّ فِيهِ مِنَ المُعَايَنَةِ فَكَذَا فِيمَا يُبْتَنَى عَلَيْهِ، وَأَمَّا الوَقْفُ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ فِي أَصْلِهِ دُونَ شَرَائِطِهِ؛ لِأَنَّ أَصْلَهُ هُوَ الَّذِي يَشْتَهِرُ.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ سِوَى العَبْدِ وَالأَمَةِ وَسِعَكَ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ)؛ لِأَنَّ اليَدَ

كذا في «المبسوط».

وذكر في «أدب القاضي» للصَّدر الشهيد: وذكر شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله أن الخلاف ثابت أيضًا في العتق، فإن العتق يثبت الولاء، والشهادة على الولاء شهادة على العتق، لكن صاحب الكتاب لم يذكره.

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «شرح هذا الكتاب»: أن الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالإجماع، إنَّما الخلاف على الشهادة بالتسامع في الولاء كما ذكر صاحب الكتاب - أراد به الخصاف -، ثم صاحب الكتاب شرط لسماع الشهادة بالتسامع على الولاء عند أبي يوسف رحمه الله شرطًا لم يشترطه محمد رحمه الله في «المبسوط» فقال: إنما يقبل إذا كان العتق مشهورًا، وللمعتق أبوان أو ثلاثة في الإسلام فمحمد رحمه الله توسَّع، ولو أن رجلين ادَّعى كل واحد منهما ولاء رجل ميِّت وأقاما بينة أن فلانًا الميت كان عبدًا له، وأنه أعتقه، وأنه مولاه ووارثه لا يعلمون له وارثًا غيره، قُضيت بالولاء والميراث بينهما نصفين؛ لأنَّ الولاء ممَّا يحتمل الاشتراك فصار كالأموال، فيقضى بينهما نصفين في أصله دون شرائطه.

قال الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانِي رحمه الله: لا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقفٌ على هذا المسجد، أو المقبرة، أو ما أشبهه، حتى لو لم يذكروا في شهادتهم ذلك لا تقبل شهادتهم، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ سِوَى العَبْدِ وَالأَمَةِ وَسِعَكَ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ، فصورة

أَقْصَى مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى المِلْكِ إِذْ هِيَ مَرْجِعُ الدَّلَالَةِ فِي الأَسْبَابِ كُلِّهَا فَيَكْتَفِي بِهَا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ أَنْ يَقَعَ فِي قَلْبِهِ أَنَّهُ لَهُ.

المسألة: رجل رأى عينًا في يد إنسان، ثم رأى ذلك العين في يد آخر والأول يدعي الملك وَسِعَه أن يشهد بأنه للمدعي.

قوله: لِأَنَّ اليَدَ أَقْصَى مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى المِلْكِ؛ إذ لا دليل لمعرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع؛ لأنَّ أكثر ما في الباب أن يعاين أسباب الملك من الشراء والهبة، وما أشبه ذلك، إلا أن الشراء إنَّما يفيد الملك إذا كان المبيع ملكًا للبائع، وإنَّما يُعرف كون المبيع ملكًا له بيده بلا منازع، فثبتَ أن لا دليل على الملك سوى اليد، فكان للشاهد أن يعتمد مثل هذا الدليل اعتبارًا للظاهر عند تعذُّر الوقوف على الحقيقة، كذا في «الجامع الصَّغير» البُرهانِي.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: لأنَّ الملك لا يُعرف إلا باليد؛ فإن الإنسان وإن عاينَ البيع وغير ذلك لا يعلم ملك المشتري إلا بملك البائع، وإنما يعلم ملك البائع باليد، فلو لم يجز أداء الشهادة بحكم اليد ينسدُّ باب الشهادة، والشهادة حجة بالإجماع، ولا يشترط انضمام التصرف إليها؛ لأنَّ يد التصرف قد تكون بغير الملك أيضًا، فيجعل نفس اليد دليلًا إلا في العبد والأمة؛ لأنَّ الحر قد يخدم الحر كأنه عبده، وأمكن هناك إزالة هذا الاحتمال بتحكيم الإقرار بالرقِّ، فلم يسقط اعتبار الاحتمال فيهما حتى لو عرف أنه رقيقٌ وسعك أن تشهد بحكم اليد أنه ملكه؛ لأنَّ الرقيق لا يد له على نفسه، ثم كما يحل للشاهد أن يشهد بحكم اليد بالملك فيحل للقاضي أيضًا القضاءُ به، حتى أن القاضي لو عاينَ يده في حال قضائه حلَّ له أن يقضي كما يحل للشاهد أن يشهد.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ أَنْ يَقَعَ فِي قَلْبِهِ أَنَّهُ لَهُ، أسند هذا القول في «الفوائد الظهيريَّة» إلى أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال: وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إذا وقع في قلب الرائي أنه مِلكه وَسِعه أن يشهد؛ وهذا لأنَّ الأصل في الشهادة الإحاطة والتيقُّن؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلم: «إِذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ»، فعند إعواز ذلك يُصار إلى ما يشهد به القلب، ولهذا قيل: إذا رأى إنسانٌ دُرَّةً ثمينةً في يد

قَالُوا: وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا تَفْسِيرًا لِإِطْلَاقِ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الرِّوَايَةِ فَيَكُونُ شَرْطًا عَلَى الِاتِّفَاقِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: دَلِيلُ المِلْكِ اليَدُ مَعَ التَّصَرُّفِ، وَبِهِ قَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ - لِأَنَّ اليَدَ مُتَنَوِّعَةٌ إِلَى إِنَابَةٍ وَمِلْكٍ. قُلْنَا: وَالتَّصَرُّفُ يَتَنَوَّعُ أَيْضًا إِلَى نِيَابَةٍ وَأَصَالَةٍ. ثُمَّ المَسْأَلَةُ عَلَى وُجُوهٍ: إِنْ عَايَنَ المَالِكُ المِلْكَ حَلَّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ، وَكَذَا إِذَا عَايَنَ المِلْكَ بِحُدُودِهِ دُونَ المَالِكِ اسْتِحْسَانًا؛

كنَّاس، أو كتاباً في يد جاهل ليس في أبائه من هو أهل لذلك، لا يسعه أن يشهد له بالملك، وبعضهم شرطوا مع هذا أن يراه متصرفاً فيه، وكان القاضي الإمام أبو على النسفي رحمه الله يشترط مع رؤية اليد والتصرُّف أن يقع في قلبه أنه ملكه.

فإن قيل: الشاهد إذا قيد الشهادة بما استفاد العلم به من معاينة اليد فالقاضي لا يقبل شهادته، ولو جاز تحمل الشهادة بالمشاهدة لقبل القاضي الشهادة، قلنا: نحن جعلنا العَيان سببًا للجواز لا للوجوب، والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ونحن ما ضمَّمنا ذلك؛ ولهذا قلنا: إن الرجل إذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرُّف الملاك فبيعت دار بجنب هذه الدار، أراد صاحب اليد أن يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له، يعني: عند إنكار المشتري أن تكون الدار ملك الشفيع؛ لأنَّ العيان ليس سببًا للوجوب، لكنه سببٌ للجواز.

قوله: وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا تَفْسِيرًا لِإِطْلَاقِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، أي: يحتمل أن يكون قوله: أَنْ يَقَعَ فِي قَلْبِهِ أَنَّهُ لَهُ، تفسيرًا للإطلاق وهو قوله: وَسِعَكَ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ.

قوله: وَبِهِ قَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللهُ، وهو الخصَّاف، ذكره الصدر الشهيد في «أدب القاضي»، وفيه أيضًا: وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يشهد على ذلك حتى تقع معرفة ذلك في قلبه، ويجوز أن يكون هذا قول الكل وبه نأخذ.

قوله: ثُمَّ.. إِنْ عَايَنَ المَالِكُ المِلْكَ، إلى آخره، فالقسمة العقليَّة مذكورة، وهي دليل الانحصار.

ثم إن عاين المالكَ والمِلك بأن عرف المالك بوجهه، واسمه، ونسبه، وعرف المِلك

لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ بِالتَّسَامُعِ فَيَحْصُلُ مَعْرِفَتُهُ، وَإِنْ لَمْ يُعَايِنْهَا أَوْ عَايَنَ المَالِكَ دُونَ المِلْكِ لا يَحِلُّ لَهُ. وَأَمَّا العَبْدُ وَالأَمَةُ، فَإِنْ كَانَ يَعْرِفُ أَنَّهُمَا رَقِيقَانِ فَكَذَلِكَ لِأَنَّ الرَّقِيقَ لا يَكُونُ فِي يَدِ نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ لا يَعْرِفُ أَنَّهُمَا رَقِيقَانِ إِلَّا أَنَّهُمَا صَغِيرَانِ

بحدوده، وحقوقه، ورآه في يده يتصرّف فيه تصرف الملاك، ويدعي أنه له، ووقع في قلبه أنه له، حلَّ له أن يشهد بالملك؛ لأنَّ هذه شهادة عن علم وبصيرة.

فإن لم يعاين المالك والمِلك، ولكن سمع من الناس قالوا: لفلان ابن فلان في قرية كذا ضيعة، حدُّها كذا وكذا، لا يحل له أن يشهد له بالملك؛ لأنّه مجارف في هذه الشهادة، وإن عاين المالك وعرفه معرفة تامة، ولكن لم يعاين الملك بأن سمع من الناس أن لهذا الرجل في قرية كذا ضيعة حدودها كذا، وهو لم يعرف تلك الضيعة، ولم يعاين يده عليها، لا يحل له أن يشهد بالملك.

وإن عاين المِلك دون المالك بأن عاين ملكاً محدودًا، ينسب ذلك الملك إلى فلان ابن فلان الفلانيِّ، وهو لم يعاين فلاناً بوجهه ولا يعرفه بنسبه، فالقياس أن لا يحل له أن الشهادة؛ لأنَّ هذه شهادة بالملك للمالك، ثم للجهالة في المشهود به منعُ حل الشهادة، فالجهل في المشهود له أيضًا وجبَ أن يمنع، وفي الاستحسان تحل؛ لأنَّ الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع، فكانت هذه شهادة بمعلوم لمعلوم.

يوضحه: أن صاحب الملك ربما يكون امرأة لا تبرُز ولا تخرج، فلو اعتبرنا تصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك لبطلَ حقُّها، فسقطَ اعتبار التصرف واكتفى فيه بالتسامع، فإذا سمع أن هذه الضيعة لفلانةٍ وفي يديها، ووقع في قلبه أن الأمر كما سمع، حل له أن يشهد بالملك لها، كذا في «الذخيرة»، و«أدب القاضي» للصدر الشهيد رحمه الله.

فإن قيل: يلزم على جواب الاستحسان أن يشهد على ملك المال بالتسامع، والشهادة على المال بالتسامع لا تجوز، قلنا: إنما لا تجوز إذا كانت الشهادة في حق المال قصدًا، وأمَّا إذا كانت الشهادة بالتسامع في حق النسب، وفي ضمنه ثبوت المال تجوز اعتبارًا للمتضمَّن، وهاهنا كذلك؛ لأنّه سمع أن هذا الملك لفلان ابن فلان، فحصل له العلم بنسب المالك

لا يُعَبِّرَانِ عَنْ أَنْفُسِهِمَا فَكَذَلِكَ لِأَنَّهُ لا يَدَ لَهُمَا، وَإِنْ كَانَا كَبِيرَيْنِ فَذَلِكَ مَصْرِفُ الِاسْتِثْنَاءِ لِأَنَّ لَهُمَا يَدًا عَلَى أَنْفُسِهِمَا فَيُدْفَعُ يَدُ الغَيْرِ عَنْهُمَا فَانْعَدَمَ دَلِيلُ المِلْكِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ فِيهِمَا أَيْضًا اعْتِبَارًا بِالثِّيَابِ، وَالفَرْقُ مَا بَيَّنَاهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

بالتسامع، وثبت ملكه في ضمنه.

قوله: لِأَنَّهُ لا يَدَ لَهُمَا، كالثياب.

قوله: وَإِنْ كَانَا كَبِيرَيْنِ، أراد بالكبيرين أن يكونا يعبِّران عن أنفسهما، سواءٌ كانا صبيَّين عاقلين، أو بالغين، ولم يرد بهما البالغين لا غير؛ بدلالة ذكرهما بمقابلة: أَنَّهُمَا صَغِيرَانِ لا يُعَبِّرَانِ عَنْ أَنْفُسِهِمَا.

ولأن الإمام المحبوبي رحمه الله صرَّح بما قلتُ فقال: بخلاف العبد والأمة إذا كانا كبيرين، أو صغيرين يعبِّران عن أنفسهما، أي: حينئذٍ لا يكون اليد دليل الملك عليهما؛ لأنَّهما في أيدي أنفسهما من وجه، فإنَّهما من أهل أن تثبت لهما اليد على أنفسهما، وذلك يدفع يد الغير عنهما حكماً، حتى أن الصبي الذي يعقل لو أقرَّ بالرقِّ على نفسه لغيره يجوز إقراره، حتى يصنع به المقر له ما يصنع بمملوكه.

فإن قلتَ: لو كان الاعتبار لتعبيرهما عن أنفسهما في الحرية والرقيَّة، لوجب أن تعتبر دعواهما الحرية بعد ما كبرا في يد الذي يدعي رقيتهما، قلتُ: نعم الاعتبار للتعبير عن أنفسهما، لكن إذا كانا في وقته، وهو فيما إذا لم يثبت لأحد عليهما رقيَّة، وأمَّا إذا ثبتت الرقيَّة عليهما للمولى الذي هما في يده فلا يفيدُ بعد ذلك دعواهُما الحرية في وقت التعبير عن أنفسهما؛ لأنَّه ظهر الرقُّ عليهما في حال صغرهما.

هذا وأمثاله يأتِي في فصل التنازع بالأيدي، من كتاب الدعوى إن شاء الله تعالى.

قوله: وَالفَرْقُ مَا بَيَّنَاهُ، وهو قوله: لِأَنَّ لَهُمَا يَدًا عَلَى أَنْفُسِهِمَا فَيُدْفَعُ يَدُ الغَيْرِ عَنْهُمَا، بخلاف الثياب، والله أعلم بالصواب.

(بَابُ مَنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَمَنْ لا تُقْبَلُ)

قَالَ: (وَلا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَعْمَى). وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: تُقْبَلُ فِيمَا يَجْرِي فِيهِ التَّسَامُعُ لِأَنَّ الحَاجَةَ فِيهِ إِلَى السَّمَاعِ وَلا خَلَلَ

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لمَّا ذكر تفصيل ما يسمع فيه من الشهادة وما لا يسمع بالنسبة إلى محال الشهادة، أدَّت النوبة إلى تفصيل من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع، وقدم ذلك؛ لأنَّ المحال شروط، والشرط مقدم على المشروط، كالطهارة على الصلاة.

ثم اعلم أن الأصل في هذا الباب هو أن الشهادة ترد بالتهمة، وما لا فلا؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلم: «لا شهادة لمتهم»؛ ولأن الشهادة خبر محتمل للصدق والكذب، فإنما تكون حجة إذا ترجح جانب الصدق فيه، وعند ظهور سبب التهمة لا يترجح جانب الصدق.

ثم تمكن التهمة أنواعٌ: تارةً تكون لمعنى في الشاهد وهو الفسق؛ لأنَّه لمَّا لم ينزجر عن ارتكاب محذور دينه مع اعتقاد حرمته، يُتَّهم بأنه لا ينزجرُ عن شهادة الزور، وقد تبيَّن أن العدالة شرطٌ للعمل بالشهادة.

وقد تكون التهمة لمعنى في المشهود له، وهو وصلة خاصَّة بينه وبين الشاهد تدل على إيثاره على المشهود عليه، وذلك شيءٌ يُعرف بالعادة كما في قرابة الولاء.

وقد تكون التهمة لمعنى في الشاهد لا تقدح في عدالته وولايته وهو العمى، فليس للأعمى آلة التمييز حقيقةً، وذلك يُمكن تهمة الغلط في الشهادة، فتهمة الغلط وتهمة الكذب سواءٌ.

وقد تكون تهمة الكذب مع قيام العدالة بدليل شرعي، وهو في حق المحدود

فِيهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ بَصِيرًا وَقْتَ التَّحَمُّلِ لِحُصُولِ العِلْمِ بِالمُعَايَنَةِ، وَالأَدَاءُ يَخْتَصُّ بِالقَوْلِ وَلِسَانُهُ غَيْرُ مُوفٍ وَالتَّعْرِيفُ يَحْصُلُ

في القذف بعد التوبة، فقد جعل الله تعالى عجزه عن الإتيان بأربعة من الشهداء دليل كذبه بقوله تعالى: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِندَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ ﴿١٣﴾﴾ [النور: ١٣]، كذا في «المبسوط».

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ بَصِيرًا وَقْتَ التَّحَمُّلِ، أي: تجوز شهادته فيما يثبت بالتسامع، وفيما لا يثبت بالتسامع.

وحاصل ذلك أن الاختلاف في شهادة الأعمى في أربعة مواضع:

أحدها: في مطلق الشهادة، وفيه خلاف مالك رحمه الله؛ فإن عنده تقبل شهادته سواءٌ كان ذلك ممَّا يثبت بالتسامع أو لا، وسواء كان أعمى وقت التحمل أم لا، وسواءٌ كان فيما يحتاج إلى الإشارة كالمنقول، أو لا يحتاج إليها كالعقار.

والثاني: فِيمَا يَجْرِي فِيهِ التَّسَامُعُ، حيث تقبل فيه شهادة الأعمى عند زفر رحمه الله، وعندنا لا تقبل.

والثالث: إذا كان بصيرًا وقت التحمُّل وعَمِي وقت الأداء، فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تقبل، وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تقبل.

والرابع: أنه إذا عميَ بعد الأداء في غير الحدود والقصاص، فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يمتنع القضاء، خلافًا لأبي يوسف على ما ذكره في الكتاب، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة» بعد ما ذكر عدم قبول شهادة الأعمى في شيءٍ من الحقوق: هذا إذا كان تحمل الشهادة وهو أعمى، وشهد وهو أعمى، فأمَّا إذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم أدى وهو أعمى، هل تقبل شهادته؟ عند عُلمائنا أجمعوا على أنه في المنقول لا تقبل؛ لأنَّ الإشارة إلى المنقول شرطٌ لصحة الشهادة، ولا يقوم الوصف مقام الشهادة عندهم جميعًا، ولا عبرة لإشارة الأعمى؛ لأنَّه لا يعاين المشهود به فصار وجود الإشارة منه وعدمه بمنزلة، وبدون

بِالنِّسْبَةِ كَمَا فِي الشَّهَادَةِ عَلَى المَيِّتِ. وَلَنَا أَنَّ الأَدَاءَ يَفْتَقِرُ إِلَى التَّمْيِيزِ بِالإِشَارَةِ بَيْنَ المَشْهُودِ لَهُ وَالمَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَلا يُمَيِّزُ الأَعْمَى إِلَّا بِالنَّغْمَةِ، وَفِيهِ شُبْهَةٌ يُمْكِنُ

الإشارة لا تُقبل الشهادة في المنقول.

أمَّا إذا كان المشهود به دينًا أو عقارًا اختلفوا فيه، قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا تقبل هذه الشهادة، فأبو يوسف رحمه الله جعل العمى مانعًا لصحة التحمل، فأمَّا إذا صحَّ التحمل من البصير فالاحتراز عن العمى غير ممكن لصاحب الحق، فقام الاسم والنسبة حالة الأداء مقام الإشارة كما في الميت والغائب، واحتج أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله بما رُوي عن عليٍّ رضي الله عنه أنه ردَّ شهادة الأعمى، ولم يُفصِّل، ولم يستفسر أنه تحمَّل وهو بصير، أو أعمى، فدلَّ أن الحكم لا يختلف.

ثم قال بعد خطوط: قال مشايخنا: وهذا كله فيما لا تجوز الشهادة عليه بالشهرة والتسامع، أما فيما تجوز الشهادة بالشهرة والتسامع شهادة الأعمى مقبولة بلا خلاف.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ بَصِيرًا وَقْتَ التَّحَمُّلِ، ثمَّ بماذا يعرف أنه كان بصيرًا وقت التحمل؟ فإن قول الشاهد في ذلك غير مقبول؛ لأن كونه أعمى ممَّا لا يدخل تحت قضاء القاضي فلا يقبل في مثل الشهادة، وقول المدعي كذلك، والمدعى عليه منكر للمشهود به أصلًا، قالوا: ويُتصور هذا فيما إذا جاء وهو بصير ليؤدي الشهادة، فلم يتفرغ القاضي لسماع شهادته حتى عمي، أو كان القاضي يعرف الوقت الذي عمي هو فيه، وتاريخ المدَّعى سابق على ذلك، كذا في «المبسوط».

قوله: كَمَا فِي الشَّهَادَةِ عَلَى المَيِّتِ، بأن شهدا على الميت في دين لفلان تقبل بالاتفاق إذا ذكرا نسبته، فجواب أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله عن مسألة الموت أن ذلك لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود؛ لأنَّ المدعي وإن استكثر من الشهود يحتاج إلى إقامة الاسم والنسبة مقام الإشارة عند موت المشهود عليه، أو غيبته، على أن هناك الإشارة تقع إلى وكيل الغائب، ووصي الميت، وهو في ذلك قائم مقامه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَنَا أَنَّ الأَدَاءَ يَفْتَقِرُ إِلَى التَّمْيِيزِ، إلى أن قال: وَلا يُمَيِّزُ الأَعْمَى إِلَّا بِالنَّغْمَةِ، وَفِيهِ

التَّحَرُّزُ عَنْهَا بِجِنْسِ الشُّهُودِ وَالنِّسْبَةِ لِتَعْرِيفِ الغَائِبِ دُونَ الحَاضِرِ فَصَارَ كَالحُدُودِ وَالقِصَاصِ. وَلَوْ عَمِيَ بَعْدَ الأَدَاءِ يَمْتَنِعُ القَضَاءُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ

شُبْهَةٌ، أي: وفي النغمة شبهة على تأويل الصَّوت، كما أن الصَّوت يؤنث بتأويل الصحَّة أو النغمة، فكذلك تذكر النغمة بتأويل الصوت.

فإن قلتَ: صلحت النغمة للتميز بين شخص وشخص فيما هو أعظم خطرًا من الأموال في حق الأعمى، حتى أن الأعمى يباح وطء زوجته وجاريته، ولا يميزهما عن غيرهما إلا بالصوت والنغمة، فلأن تصلح النغمة للتميز في الأموال في الشهادة أوْلَى؛ لما أن أمر الفروج أعظم خطرًا من الأموال.

قلتُ: ففي لفظ الكتاب **بقوله: وَفِيهِ شُبْهَةٌ يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهَا بِجِنْسِ الشُّهُودِ**، وقعَ الاحتراز عن مسألة الوطء؛ لما أنَّ الضرورة تتحقق في حق الوطء للأعمى، فإن الأعمى يحتاج إلى قضاء الشهوة وبقاء النسل كالبصير، ولا ضررة هنا، فإن في الشهود البصراء كثرة يُكتفى بهم عن شهادة الأعمى؛ ولأن في أصل الوطء هناك يجوز أن يعتمد فيه خبر الواحد، فإنه إذا أخبر أن هذه امرأته وقد زُفَّت إليه حل له وطئها، وإن لم يكن عاين امرأته، وكذلك إذا وجد امرأةً نائمةً على فراشه ليلًا فظن أنَّها امرأته حلَّ له وطئها، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَالنِّسْبَةِ لِتَعْرِيفِ الغَائِبِ دُونَ الحَاضِرِ، وهذا حاضر فلا يجوز أن تقوم النسبة تعريفًا له، فكان في هذا جواب عن **قوله: كَمَا فِي الشَّهَادَةِ عَلَى المَيِّتِ**.

قوله: فَصَارَ كَالحُدُودِ وَالقِصَاصِ، فإن شهادة الأعمى لا تصح فيهما بالاتفاق؛ لأنَّ الحدود تندرئُ بالشبهات، والصوت والنغمة في حق الأعمى تقام مقام المعاينة في حق البصير، والحدود لا تقام بما يقوم مقام الغير، بخلاف الأموال، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: ما الفرق لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بين شهادة الأعمى وبين شهادة الشهود على غائب، لأجل كتاب القاضي إلى القاضي، حيث يقبل في الغائب ولا يقبل في الأعمى، مع أن الإشارة لم توجد في كل منهما؟

رَحِمَهُمَا اللهُ، لِأَنَّ قِيَامَ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ شَرْطٌ وَقْتَ القَضَاءِ لِصَيْرُورَتِهَا حُجَّةً عِنْدَهُ وَقَدْ بَطَلَتْ وَصَارَ كَمَا إِذَا خَرِسَ أَوْ جُنَّ أَوْ فَسَقَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا، لِأَنَّ الأَهْلِيَّةَ بِالمَوْتِ قَدِ انْتَهَتْ وَبِالغَيْبَةِ مَا بَطَلَتْ.

قَالَ: (وَلا المَمْلُوكِ) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ وَهُوَ لا يَلِي نَفْسَهُ فَأَوْلَى أَنْ لا تَثْبُتَ لَهُ الوِلَايَةُ عَلَى غَيْرِهِ (وَلا المَحْدُودِ فِي قَذْفٍ وَإِنْ تَابَ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلا تَقْبَلُوا

قلتُ: إن في الغائب يعرف الشهود المدعى عليه ويقولون: لو رأيناه عرفناه، فلا يكون ذلك شهادة على من لا يعلمون بوجوب الحق عليه، حتى لو قالوا: لا نعرفه اليوم، لا تقبل شهادتهم، فأمَّا الأعمى لا يشهد على من يعلم بوجوب الحق عليه على الحقيقة، فلا يصح فيه أداء الشهادة، كذا في «الذخيرة».

قوله: لِصَيْرُورَتِهَا حُجَّةً عِنْدَهُ، أي: عند القضاء، فاستدل أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله أيضًا بحديث علي رضي الله عنه أنه رد شهادة الأعمى، ولم يستفسر أنه وقت التحمّل كان بصيرًا أو أعمى، ولكن أبو يوسف رحمه الله يقول: يحتمل أن ذلك كان في الحد، وأنا أقول: في الحدود إذا عمي قبل الأداء، أو بعد الأداء قبل القضاء، فإنه لا يعمل بشهادته؛ لأنَّ الحدود تندرئُ بالشبهات، كذا في «المبسوط».

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا خَرِسَ، فإنهم أجمعوا على أن الشهادة إذا خَرِس، أو ذهب عقله، أو ارتد بعد الشهادة والعياذ بالله قبل القضاء، أن القاضي لا يقضي بشهادته، والوجه في ذلك أن المقصود من الشهادة القضاء، فما يمنع الأداء يمنع القضاء، وهذه الأشياء تمنع الأداء بالإجماع فتمنع القضاء، والعمي بعد التحمل يمنع الأداء عندهما فيمنع القضاء أيضًا، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يمنع القضاء، كذا في «الذخيرة».

وذكر في «المبسوط»: ولا تجوز شهادة الأخرس؛ لأنَّ أداء الشهادة يختص بلفظة الشهادة، حتى إذا قال الشاهد: أخبر أو أعلم لا يقبل ذلك منه، فلفظة الشهادة لا تتحقق من الأخرس، ثم إشارة الأخرس مشتبهة، فإنه يُستدل بإشارته على مراده بطريق غير موجب

لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤] وَلِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الحَدِّ لِكَوْنِهِ مَانِعًا فَيَبْقَى بَعْدَ التَّوْبَةِ كَأَصْلِهِ، بِخِلَافِ المَحْدُودِ فِي غَيْرِ القَذْفِ لِأَنَّ الرَّدَّ لِلْفِسْقِ وَقَدِ ارْتَفَعَ بِالتَّوْبَةِ.

للعلم، فيتمكن في شهادته تُهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود.

قوله: وَلِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الحَدِّ - أي: ولأن عدم قبول الشهادة، أو: ولأن رد الشهادة من تمام حد القذف - لِكَوْنِهِ مَانِعًا - أي: يكون رد الشهادة مانعًا له عن القذف كالحد - فَيَبْقَى بَعْدَ التَّوْبَةِ كَأَصْلِهِ، أي: فيبقى رد الشهادة بعد التوبة كأصل الحد؛ لما أن حد القذف لا يسقط بالتوبة، فكذا تتمَّته وهي رد الشهادة.

وإنما قلنا: أن رد شهادة القاذف من تتميم حدِّ القذف؛ لأنَّ الجلد جزاء القذف لا محالة؛ لأنَّ الله تعالى قال: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ﴾ بعد قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤]، والفاء للتعقيب في مقام الجزاء كما في قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ﴾ [المائدة: ٣٨]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًاۚ﴾ [النور: ٤] معطوف على الجلد، والعطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه، فإذا كان المعطوف عليه حدًّا كان المعطوف من تمام الحد.

وأمَّا ما يرد في هذا أن كل واحدة من الجملتين هاهنا تام بنفسها فلا يقتضي الاشتراك، فجوابُه يُذكر بعد هذا من «الأسرار»، وهذا كما قال الشافعي رحمه الله في قوله صلَّى الله عليه وسلم: «وتغريب عام»، أنه تمام حد البكر للعطف، ولكن نقول: هناك التغليب لا يصلح أن يكون حدًّا؛ لما فيه من الإغراء على ارتكاب الفاحشة دون الزجر، وهاهنا ردُّ الشهادة صالح لتتميم الحد؛ لأنَّه مؤلم قلبه كما أن الجلد مؤلم بدنه ففيه معنى الزجر، ثم جريمة القاذف باللسان وردُّ شهادته حدٌّ في المحل الذي حصل به الجريمة، وذلك مشروع كحد السرقة، والمقصود من هذا الحد دفع الشين عن المقذوف، وذلك في إهدار قوله أظهر منه في إقامة الجلد عليه، فلذلك جعلنا رد الشهادة تتميمًا للحد.

ثم حرف النهي في قوله: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً﴾ لا يمنع العطف، فقد يعطف النهي

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - تُقْبَلُ إذَا تَابَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾

على الأمر كما تقول لغيرك: اجلس ولا تتكلم.

وأمَّا قوله: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ۝٤﴾ [النور: ٤] ليس بعطف بل هو ابتداء بحرف الواو، وقد يكون ذلك لحسن نظم الكلام كقوله تعالى: ﴿وَٱلرَّٰسِخُونَ فِي ٱلْعِلْمِ﴾ [آل عمران: ٧]، وقوله تعالى: ﴿وَلِبَاسُ ٱلتَّقْوَىٰ﴾ [الأعراف: ٢٦].

وبيان أنه ليس بعطف أن قوله تعالى: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ﴾ أمر بفعل وهو خطاب الأئمة، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ﴾ نَهي عن فعل وهو خطاب الأئمة أيضًا، وقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ۝٤﴾ إثبات وصف لهم، فكيف تتحقق المشاركة بينه وبين ما تقدم ليكون عطفـًا؟ والدليل عليه أنه لو كان هذا عطفـًا لكان من الحد أيضًا، فينبغي أن لا ترتفع بالتوبة أيضـًا كما لا يرتفع الحد، فلا تأثير للتوبة في الحد.

يوضح ما قلنا: أن رد الشهادة بسبب تتميم الحد لا بسبب الفسق، هو أن الثابت بالنص هو التوقف في خبر الفاسق كما قال: ﴿فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦]، والمنصوص عليه هاهنا حكمٌ آخر، وهو الرد دون التوقف، فعرفنا أنه ليس بسبب الفسق بل هو متمِّم الحد كما قرَّرنا، ولو كان رد الشهادة بسبب الفسق لكان في الآية عطف العلة على الحكم وذلك لا يحسن في البيان، ولهذا الأصل قلنا: بقبول شهادته قبل إقامة الحد عليه وإن لم يتب؛ لأنَّه من تمام حده، وأوانه بعد إقامة الحد، وهو أن بإقامة الحد يصير محكومًا بكذبه، والمتهم بالكذب لا شهادة له فالمحكوم بالكذب أَوْلَى، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: هذا الذي ذكرته وإن دلَّ على رد شهادته، أو شهادة المحدود في القذف، فعند الخصم دليل على أن شهادته مقبولة عند التوبة؛ وذلك لأنَّ قوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ﴾ [النور: ٥]، استثناء عقيب الجمل المنسوقة، والاستثناء متى يعقب كلمات منسوقـًا بعضها على البعض ينصرف إلى جميع ما تقدم، كقول القائل: امرأته طالق، وعبده حرٌّ، وعليه حجة إلا أن يدخل الدار فهو منصرف إلى جميع ما تقدم.

ولأن القذف منه افتراء على عبد من عباد الله تعالى، فلا يكون أعظم من افترائه على الله

[النور: ٥] اسْتَثْنَى التَّائِبَ. قُلْنَا: الِاسْتِثْنَاءُ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَلِيهِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى

وهو الكفر، وذلك لا يوجب رد الشهادة على التأبيد، بل إذا تابَ وأسلم تقبل شهادته؛ ولأنه نسبة الغير إلى الزنا فلا يكون أقوى من مباشرة فعل الزنا، وذلك لا يوجب رد الشهادة على التأبيد، فهذا أوْلَى.

ولأنه إذا تابَ قبل إقامة الحد تقبل شهادته بالاتفاق، ولا جائز أن يكون الموجب لرد الشهادة إقامة الحد عليه لوجهين:

أحدهما: أن ذلك فعل الغير به بغير اختياره، وفعل الغير في حقه لا يصلح سببًا لرد شهادته كما في سائر الحدود.

والثاني: أنه يطهر بإقامة الحد عليه، قال عليه الصلاة والسلام: «الحدود كفارات لأهلها»، فما هو الموضوع للتطهير لا يصلح أن يكون رادًا للشهادة.

قلتُ: أمَّا الأول: فإن الاستثناء المتعقب، أو الشرط المتعقب بعد الجمل إنما ينصرف إلى الكل أن لو كان الجمل معطوفًا بعضها على البعض لثبوت الاشتراك بينهما بواو العطف، وهذا العطف بالواو، أعني: الواو في قوله: ﴿وَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَـٰسِقُونَ ۝٤﴾ واو النظم لا واو العطف، فكان منقطعًا عن الأولى، فينصرف الاستثناء إلى ما يليه لا إلى ما انقطع عنه الكلام.

وذكر في «أصول الفقه» لشمس الأئمة رحمه الله في: فصل عمل القوم في النصوص بوجوه هي فاسدة، وقال:

ولهذا لو قال: لفلان عليَّ مائة دينار، ولفلان ألف درهم إلا عشرة، يجعل الاستثناء من آخر المالين؛ لأنَّ بالاستثناء لا يخرج الكلام من أن يكون إقرارًا، وباعتبار الإقرار كل واحدة من الجملتين تامَّة، فيكون الواو للنظم وينصرف الاستثناء إلى ما يليه خاصة، وعلى هذا قلنا في قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَـٰسِقُونَ ۝٤ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ﴾ [النور: ٤-٥]، أن هذا الواو للنظم حتى ينصرف الاستثناء إلى سمة الفسق دون ما تقدمه، والشافعي رحمه الله يجعل هذا الواو للعطف، والواو الذي في قوله: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ﴾ للنظم، حتى يكون الاستثناء منصرفًا إليهما دون الجلد، فلا يسقط الجلد بالتوبة.

﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤] أَوْ هُوَ اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ بِمَعْنَى لكِنْ.

والصحيح ما قلنا؛ فإن من حيث الصيغة معنى العطف يتحقق في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ﴾ ولا يتحقق في قوله: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ۝٤﴾؛ لأنَّ قوله: ﴿فَٱجْلِدُوا﴾ ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ﴾ كل واحد منهما خطاب للأئمَّة، فأمَّا قوله: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ۝٤﴾ ليس بخطاب للأئمة، ولكنَّها إخبار عن وصف القاذفين، فلا يصلح معطوفًا على ما هو خطاب فجعلناه للنظم.

فإن قيل: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ﴾ وإن كان خطاباً للأئمة كقوله: ﴿فَٱجْلِدُوا﴾، ولكن كل واحد منهما جملة تامَّة بنفسها، فلا يعطف الثانية على الأولى على وجه الاشتراك؛ لأنَّ قوله: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ﴾ جملة تامة بنفسها.

قلنا: لأنه تام لإثبات هذا الحكم ابتداءً، فأمَّا جزاءً على المعصية فلا يتم إلا عطفاً على الجلد؛ لأنَّ المعصية ذكرت قبل الجلد وإنه كقولك: إذا دخلت الدار ففاطمة طالقٌ وسالم حرٌّ، كان سالم عطفاً وهو تام ابتداءً، لكنه ناقص يمينًا؛ لأنَّه لم يذكر له شرط على حدة، كذا في «الأسرار».

وأمَّا قوله: فامرأته طالق وعبده حرٌّ، إلا أن تدخل الدار فالموضع موضع الإنشاء، فكان أول الكلام متوقفًا إلى آخره إذا كان في آخره ما يغيره، فالاستثناء ممَّا يغير الكلام، فلذلك انصرف الاستثناء في الإنشاء إلى جميع ما تقدم، بخلاف الإقرار فإنه إظهار أمر ثابت، فالاستثناء في آخره إنما يعمل في جميع ما تقدم إذا كان الواو للعطف من كل وجه، وليس الواو في قوله: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ۝٤﴾ للعطف، فلا يُصرف الاستثناء إلى ما قبله.

وأمَّا الجواب عن الآخر فما ذكر في «المبسوط» بقوله: وحجتنا فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤]، والأبد ما لا نهاية له، فالتنصيص عليه في بيان رد شهادته دليل على أنه يتناول الشهادة على التأبيد، ومعنى قوله تعالى: ﴿لَهُمْ﴾ أي: للمحدودين في القذف، وبالتوبه لا تخرج من أن يكون محدودًا في قذف، ولما ذكرنا من الدليل أن رد الشهادة من تمام حدِّه وأصل الحد لا يسقط بالتوبة، فما هو متمِّم له لا يسقط أيضًا.

(وَلَوْ حُدَّ الكَافِرُ فِي قَذْفٍ ثُمَّ أَسْلَمَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ) لِأَنَّ لِلْكَافِرِ شَهَادَةٌ فَكَانَ رَدُّهَا مِنْ تَمَامِ الحَدِّ، وَبِالإِسْلَامِ حَدَثَتْ لَهُ شَهَادَةٌ أُخْرَى، بِخِلَافِ العَبْدِ إِذَا حُدَّ ثُمَّ أُعْتِقَ لِأَنَّهُ لا شَهَادَةَ لِلْعَبْدِ أَصْلًا فَتَمَامُ حَدِّهِ يَرُدُّ شَهَادَتَهُ بَعْدَ العِتْقِ.

وبهذا خرج الجواب عن الكفر والزنا وغيرهما؛ فإنه إذا أسلم الكافر وتاب الزَّانِي حيث تقبل شهادتهما؛ لأنَّ النص لم يرد في حقهما برد الشهادة على وجه التأبيد، ولا أن يكون الرد من تتميم حد الكفر والزنا، حتى لا تقبل وإن تابا كما في المحدود في القذف.

وذكر في «المبسوط»: فالصحيح من المذهب عندنا أنه إذا قام أربعة من الشهود على صدق مقالته بعد إقامة الحد عليه تقبل، ويصير هو مقبول الشهادة.

قوله: وَلَوْ حُدَّ الكَافِرُ فِي قَذْفٍ ثُمَّ أَسْلَمَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ... بِخِلَافِ العَبْدِ إِذَا حُدَّ ثُمَّ أُعْتِقَ، قد مرَّ وجه الفرق بينهما مُشبعـًا في باب حد القذف من كتاب الحدود.

قوله: لِأَنَّهُ لا شَهَادَةَ لِلْعَبْدِ أَصْلًا، ولهذا لو شهد العبد ورد القاضي شهادته ثم شهد بعد العتق في تلك الحالة يقبل، بخلاف الفاسق والزوج إذا ردت شهادتهما في حادثة ثم شهدا فيها بعد التوبة والبينونة لا تقبل، ولو ضُرب الكافر بعض حده ثم أسلم فإنه يقبل؛ لأنَّ الضرب بعد الإسلام ليس بحدٍّ حتى يتبعه تمامه وهو الرد.

وحاصل الفرق بين العبد والكافر في مسألتنا أن العبد لمَّا لم تكن له شهادة وقت إقامة الحد عليه، توقف تتميم ذلك الحد الذي أقيم عليه، وهو رد شهادته إلى وجود صلاحية الشهادة له وهو ما بعد العتق، فأثر ذلك الحد في رد شهادته بعد العتاق، وأمَّا الكافر فله شهادة فيما بين جنسه من الكفار وقت إقامة الحد عليه، فلاقى الحد محله في التتميم وهو رد شهادته فيما بين جنسه، فلم يتوقف رد شهادته إلى شيءٍ آخر حيث أتمَّ حده برد شهادته فيما بين الكفار، فلمَّا أسلم كان الإسلام له حياة حادثة بعد موته بالكفر، فيترتب عليه حكم المسلمين عليه ابتداءً، ومن حكم المسلمين قبول شهادتهم فتقبل شهادته كذلك.

فإن قلتَ: فعلى ما ذكرتَ في تعليل مسألة العبد في رد شهادته بعد العتاق، يشكل من زنا من المسلمين في دار الحرب ثم خرج إلى دار الإسلام، حيث لا يقام عليه حد الزنا،

....

فتوقف حكم المؤثر في حق العبد إلى أن يوجد محله، ولم يتوقف في حق من زنا في دار الحرب فما الفرق بينهما؟

قلتُ: الفرق بينهما من حيث أن الزنا هناك لم يقع موجباً للحد أصلًا؛ لما أن إقامته إلى الإمام، وولاية الإمام منقطعة عنه، فلو أقيم بعد خروجه إلى دار الإسلام كان إقامة لحد الزنا من غير موجب؛ إذ غير الموجب لا ينقلب موجباً في الحد فلا يحد، وأمَّا العبد فلم يكن أهلًا للشهادة وتمام الحد برد الشهادة، فيتوقف على ما بعد العتاق؛ لأنَّ ما يوجب أصله يوجب وصفه، وتتميم الحد من وصفه، فيجب وصفه أيضًا كوجوب أصله.

أو نقول: كانت له شهادة قبل العتق فيما بين المسلمين من وجه، حتى تقبل شهادته بِهلال رمضان، وفي الديانات، وقد صارت شهادته هذه مجروحة بإقامة الحد عليه، فلا تقبل شهادته بعد ذلك في جميع المواضع؛ لأنَّها من جنس تلك الشهادة.

وذكر في «المبسوط» بعد ما ذكر من الفرق الذي ذكر في الكتاب فقال: وهذا الفرق على الرواية التي تقول: إن خبر المحدود في القذف في الديانات تقبل، وأمَّا على الرواية التي لا تقبل خبره في الديانات، وهي رواية «المنتقى»، فوجه الفرق بينهما أن الكافر بالإسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند إقامة الحد، وهذه العدالة لم تصر مجروحة، بخلاف العبد فهو بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن موجودة من قبل، وقد صارت عدالته مجروحةً بإقامة الحد عليه، فلا تقبل شهادته بحال.

فإن قيل: فعلى قول ما عللتم في حق الكافر الذي حُدَّ في القذف في حال كفره ثم أسلم في قبول شهادته، يجب أن تقبل شهادة من تاب من المحدودين في القذف عند الشافعي رحمه الله؛ لأنَّه فاسق عند إقامة الحد عليه والفاسق ليس من أهل الشهادة عنده، وإنما يستفيد الأهلية بعد ذلك بالتوبة، كما إذا أسلم الكافر المحدود في القذف حيث تقبل شهادته بالإجماع.

قلنا: لا كذلك، فقد قامت الدلالة لنا على أن الفاسق من أهل الشهادة، وهذا الذي ذكرته أقوى دليل لنا في أن المراد من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤]

قَالَ: (وَلَا شَهَادَةُ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ، وَلَا شَهَادَةُ الوَلَدِ لِأَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ)

بعد التوبة؛ لأنَّ عنده قبل التوبة لا شهادة له، فلا يتصور رد الشهاد من لا شهادة له؛ لأنَّ ذلك مردود بدون الرد، وتبيَّن بهذا أن المراد من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًاۚ﴾ رد شهادته بعد وجودها بالأهلية وذلك بعد التوبة، إلى هذا أشار في «المبسوط».

ثم في قوله: بِخِلَافِ العَبْدِ إِذَا حُدَّ ثُمَّ أُعْتِقَ، لا فائدة في ذكر الحد قبل الإعتاق في حق العبد في حق عدم قبول شهادته، فإنه إذا لم تقبل شهادته بسبب الحد قبل الإعتاق، فأَوْلَى أن لا تقبل شهادته فيما إذا حُدَّ بعد الإعتاق؛ لأنَّه لاقى الحد وقت قبول شهادته فأوجب الرد، وأمَّا في ذكر حد الكافر قبل الإسلام فائدة، فإنه كان تقبل شهادته بعد الإسلام في تلك الصورة على ما ذكر، وأمَّا لو قذف الكافر مسلمًا ثم أسلم فحُدَّ في حال إسلامه لا تقبل شهادته، ولو حُدَّ بعض الحد في حال كفره وبعضه في حال الإسلام ففيه اختلاف الروايتين، وقد ذكرناه في حد القذف.

قوله: وَلَا شَهَادَةُ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ ... وَلَا شَهَادَةُ الوَلَدِ لِأَبَوَيْهِ، ومالك يخالفنا فيه، فيجوّز شهادة الوالد لولده، وشهادة الولد لوالده في الطرفين جميعًا، بالقياس على شهادة كل واحد منهما على صاحبه؛ وهذا لأنَّ دليل رجحان الصدق في خبره انزجاره عما يعتقد حرمته، ولا فرق في هذا بين الأقارب والأجانب، ولهذا قبلت شهادة الأخ لأخيه.

ولكنا نستدل بالحديث المذكور في الكتاب، ورُوي: «أنَّ الحسن شهد لعليٍّ رضي الله عنهما مع قُنبَر عند شريح بدرع له، قال شريح: ائت بشاهد آخر، فقال علي رضي الله عنه: مكان الحسن، أو مكان قُنبَر، قال: لا بل مكان الحسن، قال أما سمعتَ رسول الله صلَّى الله عليه وسلم يقول: الحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة، فقال: قد سمعتُ، ولكن ائت بشاهد آخر، فعزله عن القضاء ثم أعاده عليه وزاد في رزقه»، فدل أنه كان ظاهرًا فيما بينهم أن شهادة الولد لوالده لا تقبل، إلا أنه وقع لعليٍّ أنَّهما مخصوصان عن الجملة بتلك الفضيلة التي ذكر بقوله صلَّى الله عليه وسلم: «أنَّهما سيِّدا شباب أهل الجنة» في انتفاء التهمة عنهما بهذه الفضيلة، ولذلك المعنى جوَّز شهادته لنفسه لولاه لطالبه بسبب الرد من نوع جرح، ولم يطالبه به، ووقع عند شريح رحمه الله أن السبب المانع وهو الولاد قائم في حقه، ولا طريق

وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «لا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الوَلَدِ لِوَالِدِهِ وَلا الوَالِدِ لِوَلَدِهِ وَلا المَرْأَةِ لِزَوْجِهَا وَلا الزَّوْجِ لِامْرَأَتِهِ وَلا العَبْدِ لِسَيِّدِهِ وَلا المَوْلَى لِعَبْدِهِ وَلا الأَجِيرِ لِمَنِ اسْتَأْجَرَهُ» وَلِأَنَّ المَنَافِعَ بَيْنَ الأَوْلادِ وَالآبَاءِ مُتَّصِلَةٌ وَلِهَذَا لا يَجُوزُ أَدَاءُ الزَّكَاةِ إِلَيْهِمْ فَتَكُونُ شَهَادَةٌ لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهٍ أَوْ تَتَمَكَّنُ فِيهِ التُّهْمَةُ.

قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَالمُرَادُ بِالأَجِيرِ عَلَى مَا قَالُوا التِّلْمِيذُ الخَاصُّ الَّذِي يَعُدُّ ضَرَرَ أُسْتَاذِهِ ضَرَرَ نَفْسِهِ وَنَفْعَهُ نَفْعَ نَفْسِهِ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ -

لمعرفة الصدق والكذب حقيقةً في حق من هو غير معصوم عن الكذب، فيُبتنى الحكم على السبب الظاهر وهو كما وقع عند شريح رحمه الله، وإليه رجع علي رضي الله عنه.

وأمَّا الاستدلال على قبول شهادته بسبب عدالته فمتروك في حق شهادة المرء العدل لنفسه، أو فيما له فيه منفعة، حيث لا يظهر هناك رجحان جانب صدقه باعتبار عدالته، لظهور ما يمنعه من ذلك، فكذلك في حق الآباء والأولاد إمَّا بشبهة البعضية بينهما، أو لمنفعة الشاهد بالمشهود به، لكون المَنَافِعَ بَيْنَ الآبَاءِ وَالأَوْلادِ مُتَّصِلَةٌ، وإليه أشار النبي صلَّى الله عليه وسلم بقوله: «أنت ومالك لأبيك»، بخلاف الأخوة وسائر القرابات، فقد تكون القرابة هناك سببًا للتحاسد والعداوة، فإن أول ما وقع من التحاسد وقع بين الأخوة بيانه في قوله تعالى: ﴿قَالَ لَأَقْتُلَنَّكَ﴾ [المائدة: ٢٧]، وكما في إخوة يوسف عليه السلام، وإليه أشار في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَلا العَبْدِ لِسَيِّدِهِ، فإن قلتَ: ما فائدة تخصيص السيِّد في حق العبد؛ إذ شهادة العبد لا تقبل في حق الكل؟

قلتُ: ذكره في هذا المقام على سبيل الاستطراد؛ فإن النبي صلَّى الله عليه وسلم لمَّا عد مواضع التُّهم التي يُرد فيها شهادة الشاهد للتهمة ذكر العبد مع السيِّد، فصار كأنه قال: لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الفرض والتقدير، لا تقبل في حق سيده

«لا شَهَادَةَ لِلْقَانِعِ بِأَهْلِ البَيْتِ» وَقِيلَ المُرَادُ الأَجِيرُ مُسَانَهَةً أَوْ مُشَاهَرَةً أَوْ مُيَاوَمَةً

للتهمة الثابت بينهما، كما في سائر مواضع التُّهم.

قوله: لا شَهَادَةَ لِلْقَانِعِ، قيل: أراد من يكون مع القوم كالخادم، والتابع، والأجير، ونحوه؛ لأنَّه بمنزلة السائل يطلبُ معاشه منهم، كذا في «المغرب».

وذكر في «الذخيرة»: شهادة الأجير المشترك مقبولة، وشهادة الأجير الوحد لأستاذه لا تقبل استحساناً، سواء كان أجير مُيَاوَمَةً، أَوْ مُشَاهَرَةً، أَوْ مُسَانَهَةً. وفي كتاب الديات: تجوز شهادة الأجير لأستاذه، والمراد منه الأجير المشترك.

وذكر في كتاب كفالة «الأصل»: لا تجوز شهادة الأجير لأستاذه، فالمراد منه الأجير الخاص وهو الأجير الوحد، والقياس أن تُقبل شهادته أيضًا؛ لأنَّه عدل شهد لغيره من كل وجه؛ لأنَّه ليس له فيما شهد فيه لا ملك، ولا حق، ولا شبهة ملك، ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع، فلهذا أجاز شهادة الأستاذ له، ووضع الزكاة.

فوجه الاستحسان ما أشار إليه محمد رحمه الله بقوله: والإجماع المنعقد على قول واحد من السَّلف حجة يُترك به القياس، ويخصُّ به الأثر، أراد به شريحًا، ولنوع من المعنى، وهو أن الأجير الواحد مملوك للأستاذ من كل وجه، أعنِي به منفعةً، ألا ترى أن الأجير الوحد لا يملك أن يؤاجر نفسه من غيره في مدة الإجارة، فصار شهادته لأستاذه كشهادة المملوك لمالكه، بخلاف الأجير المشترك؛ فإنه غير مملك لأستاذه منفعةً، ألا ترى أن له أن يؤاجر نفسه من غيره في مدة الإجارة، وبخلاف الأستاذ إذا شهد لأجيره؛ لأنَّه ليس بمملوك لأجيره أصلًا، فهذا هو الحرف المعتمد في المسألة.

ولو كان أجيرًا خاصًا مشاهرة ولم يرد القاضي شهادته، ولم تظهر عدالته حتى مضى الشهر ثم عُدِّل، قال: أبطل شهادته، كمن شهد لامرأته ثم طلقها قبل أن تعدل، ولو شهد ولم يكن أجيرًا ثم صار أجيرًا قبل أن أقضي أبطل شهادته، فإن لم أبطلها حتى بطلت الإجارة ثم أعادها جاز، هكذا ذكر في «العيون».

فَيَسْتَوْجِبُ الأَجْرَ بِمَنَافِعِهِ عِنْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ فَيَصِيرُ كَالمُسْتَأْجَرِ عَلَيْهَا.

قَالَ: (وَلا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلآخَرِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: تُقْبَلُ لِأَنَّ الأَمْلَاكَ بَيْنَهُمَا مُتَمَيِّزَةٌ وَالأَيْدِي مُتَحَيِّزَةٌ وَلِهَذَا يَجْرِي القِصَاصُ وَالحَبْسُ بِالدَّيْنِ بَيْنَهُمَا، وَلَا مُعْتَبَرَ بِمَا فِيهِ مِنَ النَّفْعِ لِثُبُوتِهِ ضِمْنًا كَمَا فِي الغَرِيمِ إِذَا شَهِدَ لِمَدْيُونِهِ المُفْلِسِ. وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الِانْتِفَاعَ مُتَّصِلٌ عَادَةً وَهُوَ المَقْصُودُ فَيَصِيرُ شَاهِدًا

قوله: فَيَسْتَوْجِبُ الأَجْرَ بِمَنَافِعِهِ، أي: فيستوجب الأجير الأجر على المستأجر بمنافع نفسه؛ لأنَّ عمل الأجير كله في مدة الإجارة للمستأجر، فصار الأجير حينئذٍ بالشهادة للمستأجر مستوجباً الأجرَ عليه، فصار الأجيرُ بمنزلة المستأجر على الشهادة؛ لأنَّ شهادته عملٌ من أعماله، فجميع أعماله مستحقه للمستأجر في المدة، بدليل عدم جواز إجارة نفسه لغير المستأجر في المدة، وهو معنى قوله: فَيَصِيرُ كَالمُسْتَأْجَرِ عَلَيْهَا، أي: على الشهادة.

والتحيّز، والتحوّز: (بَهم آمدن، وبر خود پيچيدن)، والأيدي متحيّزةٌ: أي: يد كل واحد من الزوجين مجتمعة بنفسها، غير متصرفة في ملك الآخر، غير متعدية إليه، فكانت الزوجية نظيرة الأخوة أو دونها، فإن الزوجية تحتمل القطع، والأخوة لا تحتمل، لا نظيرة الولاد؛ لأنَّ كل واحد من الوالدين والولد يتصرف في مال صاحبه.

قوله: كَمَا فِي الغَرِيمِ، أي: رب الدين.

قوله: وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، بقوله صلَّى الله عليه وسلم: «وَلَا المَرْأَةِ لِزَوْجِهَا».

قوله: وَلِأَنَّ الِانْتِفَاعَ مُتَّصِلٌ عَادَةً، ولهذا لو وطئ جارية امرأته وقال: ظننتُ أنَّها تحل لي فإنه لا يحد، كما لو وطئ الأب جارية ابنه، بخلاف جارية الأخ؛ وهذا لأنَّ الاتحاد بين الزوجين بالزوجية نفسًا ومالًا أكثر ممَّا يكون بين الولد والوالد في العادة والشريعة، فإنَّهما بالزوجية يصيران كشخص واحد في إقامة أسباب المعيشة عرفًا وشرعًا، ويكونان كمصراعي باب، وزوْجي نعل.

لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهٍ أَوْ يَصِيرُ مُتَّهَمًا، بِخِلَافِ شَهَادَةِ الغَرِيمِ لِأَنَّهُ لا وِلَايَةَ عَلَى المَشْهُودِ

ولهذا: «جعل رسول الله صلَّى الله عليه وسلم أمور داخل البيت على فاطمة، وأمور خارج البيت على علي رضي الله عنهما»، وبهما تقوم مصالح المعيشة، فالظاهرُ ميل كل واحد منهما إلى صاحبه وإيثاره على غيره كما في الآباء والأولاد بل أظهر؛ فإن الإنسان قد يُعادى والديه ليرضي زوجته، وقد تأخذ المرأة من مال أمِّها فتدفعه إلى زوجها، والزوج يُعد غنيًّا بمال الزوجة، قيل: في تأويل قوله تعالى: ﴿وَوَجَدَكَ عَآئِلًا فَأَغْنَىٰ ۝﴾ [الضحى: ٨]، أي: أغنى بمال خديجة رضي الله عنها.

والدليل على أن الزوجية بمنزلة الولاد حكماً استحقاق الإرث بها من غير حجب بمن هو أقرب، يوضح ما قلنا: أن الزوجية بمنزلة الأصل للولاد، فإن الولاد ينشأ من الزوجية، والحكم الثابت للفرع يثبت في الأصل وإن عدم ذلك المعنى فيه، ألا ترى أن المحرم إذا كسر بيض الصيد يلزمه الجزاء وليس في البيض معنى الصيديَّة ولكنه أصل الصيد، فيثبت فيه من الحكم ما يثبت في الصَّيد، إلا أن هذا الأصل إنما يلحق بالولاد في حكم يتصور قيام الزوجية عند ثبوت ذلك الحكم، دون ما لا يتصور كالقصاص فإنه يجب بعد القتل، ولا زوجية بعد قتل أحدهما صاحبه، فكان هذا جوابًا عما تمسك الشافعي رحمه الله بجريان القصاص بينهما، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

ثم لو شهد أحد الزوجين للآخر في حادثة فرد القاضي شهادته، ثم ارتفعت الزوجية فأعاد تلك الشهادة في تلك الحادثة لا تقبل شهادته، وكذلك في الفاسق، بخلاف ما إذا شهد العبد في حادثة وردَّ القاضي شهادته ثم أعتق وأعاد تلك الشهادة قبلت شهادته.

وكذلك الصبي والكافر حكمهما كحكم العبد، والفرق أن شهادة أحد الزوجين للآخر شهادة وكذلك شهادة الفاسق، ولكن رُدَّت شهادتهما لتهمة الكذب، والقاضي إذا رد شهادة الشاهد صار الشاهد مكذبًا من جهة الشرع فيما شهد به، وتكذيب الشرع ينزل منزلة التكذيب من حيث العيان، وأمَّا العبد إذا كان عدلًا فرد الشهادة لا لتهمة الكذب، بل لكونه غير أهل للشهادة فلم يكن مكذبًا من جهة الشرع، وفي الكافر إن كان لتهمة الكذب ولكن فيه لعدم الأهلية أيضًا؛ لأنَّه لا ولاية له على المسلم، فأحيل بالرد على عدم الأهلية لا على تهمة

بِهِ. (وَلا شَهَادَةُ المَوْلَى لِعَبْدِهِ) لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ لِنَفْسِهِ مِنْ كُلِّ جِهَةٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى العَبْدِ دَيْنٌ أَوْ مِنْ وَجْهٍ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِأَنَّ الحَالَ مَوْقُوفٌ مُرَاعًى (وَلا لِمُكَاتَبِهِ) لِمَا قُلْنَا. (وَلا شَهَادَةُ الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ فِيمَا هُوَ مِنْ شَرِكَتِهِمَا) لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهٍ لِاشْتِرَاكِهِمَا، وَلَوْ شَهِدَ بِمَا لَيْسَ مِنْ شَرِكَتِهِمَا تُقْبَلُ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ. (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَخِ لِأَخِيهِ وَعَمِّهِ) لِانْعِدَامِ التُّهْمَةِ لِأَنَّ الأَمْلاكَ وَمَنَافِعَهَا مُتَبَايِنَةٌ وَلا بُسُوطَةَ

الكذب، وكذلك في الصبي، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

قوله: وَلا شَهَادَةُ المَوْلَى لِعَبْدِهِ، وكذلك لمكاتبه، ومدبره، وأم ولده؛ لأنَّ شهادته لملكه كشهادته لنفسه باعتبار قيام الملك، أو ألحق له في المشهود به، وكذلك شهادة أب المولى وابنه وامرأته لهؤلاء، وكذلك شهادة المرأة لزوجها المملوك؛ لأنَّ وُصلة الزوجيَّة كوُصلة الولاد في المنع من قبول الشهادة، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ الحَالَ مَوْقُوفٌ مُرَاعًى، أي: لأنَّ حال العبد موقوفة بين أن يصير للغرماء بسبب بيعهم في دينهم، أو يبقى للمولى كما كان بسبب قضائه دينه.

قوله: لِمَا قُلْنَا، وهو شهادته لنفسه من كل وجه، أو من وجه.

قوله: لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهٍ لِاشْتِرَاكِهِمَا؛ لأنَّه يصير شاهدًا لنفسه في البعض، وشهادة الإنسان لنفسه لا تقبل، وإذا لم تقبل شهادته لنفسه في نصيبه لا تقبل لشريكه أيضًا في نصيب شريكه؛ لأنَّ هذه شهادة واحدة، فإذا بطل بعضها بطل كلها.

قوله: وَلَوْ شَهِدَ بِمَا لَيْسَ مِنْ شَرِكَتِهِمَا تُقْبَلُ، وهذا التعميم في التفصيل في حق الشريكين شركة عنان ظاهر، وأمَّا شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه لا تقبل إلا في الحدود، والقصاص، والنكاح؛ لأنَّ ما عدا الحدود والقصاص والنكاح مشترك بينهما، فكان شهادة لنفسه من وجه، وشهادة الأجير المشترك مقبولة، وشهادة الأجير الوحد لأستاذه لا تقبل استحسانًا، سواء كان أجير مياومة، أو مشاهرة، أو مسانهة، وقد ذكرناه، هذا كله من «الذخيرة».

لِبَعْضِهِمْ فِي مَالِ الْبَعْضِ.

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُخَنَّثِ) وَمُرَادُهُ الْمُخَنَّثُ فِي الرَّدِيءِ مِنَ الْأَفْعَالِ لِأَنَّهُ فَاسِقٌ، فَأَمَّا الَّذِي فِي كَلَامِهِ لِينٌ وَفِي أَعْضَائِهِ تَكَسُّرٌ فَهُوَ مَقْبُولُ الشَّهَادَةِ. (وَلَا نَائِحَةٍ وَلَا مُغَنِّيَةٍ) لِأَنَّهُمَا يَرْتَكِبَانِ مُحَرَّمًا فَإِنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «نَهَى عَنِ الصَّوْتَيْنِ الْأَحْمَقَيْنِ النَّائِحَةُ وَالْمُغَنِّيَةُ».

قوله: وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُخَنَّثِ، فتركيب الخنث يدل على لين وتكسر، ومنه المخنث، وتخنث في كلامه، ذكره في «المغرب».

والمخنث في عرف الناس هو الذي يباشر الرديء من الأفعال، أي: أفعال النساء من التزين بزينتهن، والتشبُّه بهن في الفعل والقول، والفعل مثل كونه محل اللواطة، والقول مثل تليين كلامه باختياره تشبُّهاً بالنساء، إلى هذا أشار الإمام مولانا حميد الدين رحمه الله.

وذكر في «الذخيرة»: وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُخَنَّثِ؛ لأنَّ التخنث معصية، قال صلَّى الله عليه وسلم: «لعن الله المؤنَّثين من الرجال، والمذكَّرات من النساء»، هذا إذا كان تخنثه باختياره.

قوله: فَأَمَّا الَّذِي فِي كَلَامِهِ لِينٌ، - أي: خلقةً - وَفِي أَعْضَائِهِ تَكَسُّرٌ، ولم يشتهر بشيءٍ من الأفعال الردية فهذا عدل مقبول الشهادة، ألا ترى أن هيتاً المخنث كان يدخل بيوت أزواج النبي صلَّى الله عليه وسلم، حتى سمع رسول الله صلَّى الله عليه وسلم منه كلمة شنيعة فأمر بإخراجه، كذا في «المبسوط».

قوله: نَهَى عَنِ الصَّوْتَيْنِ الْأَحْمَقَيْنِ، وصف الصوت بصفة صاحبه، أي: صوت النائحة، وصوت المغنيَّة، ومثله قوله صلَّى الله عليه وسلم: «أفضل الأعمال الحال المرتحل».

اعلم أن التغنِّي للَّهو معصية في جميع الأديان، فقال في «الزيادات»: إذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب، وذكر منها الوصية للمغنِّين والمغنِّيات، خصوصًا إذا كان الغناء من المرأة، فإن نفس رفع الصوت منها حرامٌ خصوصًا إذا كان مع الغناء، وعن هذا

(وَلا مُدْمِنِ الشُّرْبِ عَلَى اللَّهْوِ) لِأَنَّهُ ارْتَكَبَ مُحَرَّمَ دِينِهِ. (وَلا مَنْ يَلْعَبُ بِالطُّيُورِ) لِأَنَّهُ يُورِثُ غَفْلَةً وَلِأَنَّهُ قَدْ يَقِفُ عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ بِصُعُودِهِ عَلَى سَطْحِهِ لِيُطَيِّرَ طَيْرَهُ

لم يقيّد هاهنا بقوله: للناس، وقيد به فيما ذكر بعد هذا في غناء الرجل.

وذكر في «الذخيرة»: ولم يرد بالنائحة التي تنوح في مصيبتها، وإنما أراد به التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبة، وهذا لقوله صلَّى الله عليه وسلم: «لعن الله النائحات»، ولأنها ارتكبت ما لا يحل في الشرع، وهو الغناء، والنوح لطمعة في المال، فلا يؤمن أن ترتكب شهادة الزور لأجل المال، فذلك أيسر عليه من الغناء والنوح في مدة طويلة.

يُقال: رجل مدمن خمر، أي: مداوم شربها، ذكره في «الصحاح».

ثم في قوله: وَلا مُدْمِنِ الشُّرْبِ عَلَى اللَّهْوِ، اطلق الشرب على اللهو في حق المشروب ليتناول جميع الأشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما؛ فإن الإدمان شرط في الخمر أيضًا في حق سقوط العدالة.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: ولا تقبل شهادة مدمن الخمر، ولا مدمن السكر؛ لأنَّه كبيرة، ثم قال: وإنما شرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس، فإن من اتُّهم في شرب الخمر في بيته لا تبطل عدالته وإن كانت كبيرة، وإنما تبطل إذا ظهر ذلك، أو يخرج سكرانًا يسخر منه الصبيان؛ لأنَّ مثله لا يحترز عن الكذب.

وفي «الذخيرة»: ولا تجوز شهادة مدمن الخمر، ثم شرط الإدمان ولم يرد به الإدمان في الشُّرب وإنما أراد به الإدمان في النية، يعني: يشربُ ومن نيته أن يشرب بعد ذلك إذا وجده، ولا تجوز شهادة مدمن السُّكر وأراد به في سائر الأشربة سوى الخمر؛ لأن المحرّم في سائر الأشربة السكر، فشرط الإدمان على السكر، والمحرّم في الخمر نفس الشرب، فشرط الإدمان على الشرب، وكذلك من يجلسُ مجالس الفجور والشرب لا تقبل شهادته وإن لم يشرب؛ لأنَّه تشبُّه بهم، ولم يحترز أن يظهر عليه ما يظهر عليهم، فلا يحترز عن شهادة الزور.

قوله: وَلا مَنْ يَلْعَبُ بِالطُّيُورِ؛ لِأَنَّهُ يُورِثُ الْغَفْلَةَ؛ لأنَّ الظاهر أن يكون قلبه مع ذلك

وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: وَلَا مَنْ يَلْعَبُ بِالطُّنْبُورِ وَهُوَ المُغَنِّي (وَلَا مَنْ يُغَنِّي لِلنَّاسِ)

في عامة أحواله، فبه يقل نظره في سائر الأمور، ثم هو مصِرٌّ على نوع لعب، وقال صلَّى الله عليه وسلم: «ما أنا من الدَّد، ولا الدَّد منِّي»، والغالب أنه ينظر إلى العورات في السطوح وذلك فسق، فأمَّا إذا كان يمسك الحمام في بيته يستأنس بها فهو عدل مقبول الشهادة؛ لأنَّ إمساك الحمام في البيوت مباحٌ، ألا ترى أن الناس يتخذون بروج الحمامات ولم يمنع من ذلك أحد، كذا في «المبسوط».

ولكن ذكر في «الذخيرة» محالًا إلى «كتاب الكفالة» لشيخ الإسلام رحمه الله: إذا كان لا يُطيِّرهُن، ولكن يخلِّيهن حتى يخرجن من بيته لا تقبل شهادته، وعلل فقال: لأنَّه يأتِي بيت حمامته حمامات غيره فتفرّخ، ثم هو يبيع ذلك ويأكل ولا يعرف حمامته من حمامة غيره، فيصير آكلًا حرامًا، ومرتكباً ما لا يحل، فعلى هذا التقدير لا تقبل شهادة صاحب الحمام، وإن لم يقف على عورات النساء بصعود سطحه.

قوله: وَلَا مَنْ يُغَنِّي لِلنَّاسِ، ولا يقال: إن فيه تكرارًا فقد ذكر المغنيَّة قبل هذا، لأنا نقول: ذاك مخصوصٌ بالمرأة وهذا عام؛ ولأنَّ الأول في التغنِي مطلقاً، وهذا في التغنِي للناس، والأصح فيه من الجواب أن نقول: إنما ذكر النائحة والمغنيَّة هناك مع أن الأصل في النِّساء أن لا يُذكرن في حق الحكم الذي هو مشترك بين الرجال والنساء، وهذا كذلك، إلا أنه ذكر هناك لورود الحديث بذلك اللفظ فقال النبي صلَّى الله عليه وسلم: «لعن الله النائحات، لعن الله المغنيَّات»، ذكره في «الذخيرة»، فلما ذكر النساء في حكم يشترك فيه الرجل والمرأة لصيانة لفظ الحديث، أراد بعد ذلك أن لا يستفاد حكم الرجال من حكم النساء، فأعاد هاهنا جريًا على الأصل.

أو لأنَّه لو اقتصر على الأول لتوهم أن ذلك الحكم مخصوصٌ بالنساء؛ لأنَّ ذكر النساء على ما عليه الأصل إنما يكون في أحكام هن مخصوصاتٌ بها، كما في قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «وليس على المرأة أن تنقض ضفائرها»، وكأحكام الحيض وغيرها.

ثم اعلم أنه إنما قيَّد بقوله: لِلنَّاسِ؛ لأنَّه إذا تغنى بحيث لا يسمع غيره ولكن يسمع

لِأَنَّهُ يَجْمَعُ النَّاسَ عَلَى ارْتِكَابِ كَبِيرَةٍ. (وَلا مَنْ يَأْتِي بَابًا مِنَ الكَبَائِرِ الَّتِي يَتَعَلَّقُ بِهَا الحَدُّ) لِلْفِسْقِ.

نفسه لإزالة الوحشة قُبلت شهادته، فإن التغنِّي لإسماع الغير مكروه عند عامة المشايخ، ومن الناس من جوز ذلك في العرس والوليمة، ألا ترى أنه لا بأس بضرب الدف في العُرس والوليمة وإن كان فيه نوع لهو، ولكن لم يكن به بأس؛ لأنَّ فيه إظهار النكاح وإعلانه وبه أمر صاحب الشرع، قال صلَّى الله عليه وسلم: «أعلنوا النكاح ولو بالدف»، ومنهم من قال: إذا كان يتغنَّى ليستفيد به نظم القوافي، ويصير فصيح اللسان لا بأس به.

وأمَّا التغنِّي لإسماع نفسه، ودفع الوحشة عن نفسه، هل هو مكروه؟ فقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: لا يكره، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وإنما المكروه على قول هذا القائل ما يكون على سبيل اللهو، وهذا القائل يحتج بما رُوي عن أنس بن مالك رضي الله عنه: «أنه دخل على أخيه البراء ابن مالك وهو كان يتغنِّي»، والبراء بن مالك كان من زُهاد الصحابة رضي الله عنهم.

ومن المشايخ من قال: جميع ذلك مكروه، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله، وهذا القائل يحمل حديث البراء بن مالك على أنه كان ينشد الأشعار المباحة التي فيها ذكر الوعظ والحكمة؛ وهذا لأنَّ اسم الغناء كما ينطلق على الغناء المعرف ينطلق على غيره، قال النبي صلَّى الله عليه وسلم: «من لم يتغن بالقرآن فليس منَّا»، وإنشاد ما هو مباح من الأشعار لا بأس به، وإن كان في الشعر صفة المرأة إن كانت امرأة بعينها وكانت حية يكره، وإن كانت ميتة أو كانت امرأة مرسلة لا يكره، هذا كله من «الذخيرة».

وذكر في «المغني»: الرجل الصالح إذا تغنَّى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته.

قوله: وَلا مَنْ يَأْتِي بَابًا مِنَ الكَبَائِرِ، واختلفوا في تفسير الكبيرة، قال بعضهم: هي السبع التي ذكرها رسول الله صلَّى الله عليه وسلم في الحديث المعروف وهو: «الإشراك بالله، والفرار من الزحف، وعقوق الوالدين، وقتل النفس بغير حق، وبهت المؤمن، والزنا، وشرب الخمر»، وهو قول أهل الحجاز، وأهل الحديث، وزاد بعضهم على هذا السَّبع أكل

قَالَ: (وَلَا مَنْ يَدْخُلُ الحَمَّامَ مِنْ غَيْرِ مِئْزَرٍ) لِأَنَّ كَشْفَ العَوْرَةِ حَرَامٌ. (أَوْ يَأْكُلُ الرِّبَا أَوْ يُقَامِرُ بِالنَّرْدِ وَالشِّطْرَنْجِ). لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنَ الكَبَائِرِ، وَكَذَلِكَ مَنْ تَفُوتُهُ الصَّلَاةُ لِلِاشْتِغَالِ بِهِمَا، فَأَمَّا مُجَرَّدُ اللَّعِبِ بِالشِّطْرَنْجِ فَلَيْسَ بِفِسْقٍ مَانِعٍ مِنَ الشَّهَادَةِ، لِأَنَّ لِلِاجْتِهَادِ فِيهِ مَسَاغًا. وَشَرَطَ فِي الأَصْلِ أَنْ يَكُونَ آكِلُ الرِّبَا مَشْهُورًا بِهِ؛ لِأَنَّ

الربا، وأكل مال اليتيم بغير حقٍّ.

وقال بعضهم: ما ثبتَ حرمته بنص القرآن فهو كبيرة، وقال بعضهم: ما فيه حد أو قتل فهو كبيرة، وقال بعضهم: ما كان حرامًا لعينه فهو كبيرة، وأصح ما قيل فيه هو ما نُقل عن الإمام شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله أنه قال: ما كان شنيعـًا بين المسلمين، وفيه هتكُ حرمة الله تعالى والدِّين فهو من جملة الكبائر، وكذلك الإعانة على المعاصي والفجور، والحث عليها من جملة الكبائر يوجب سقوط العدالة، كذا في «الذخيرة».

وذكر في «فتاوى قاضي خان»: ولا تقبل شهادة من يدخل الحمام بغير إزار، إذا لم يعرف رجوعه عن ذلك، وذكر الكرخي: لا تقبل شهادة من مشى في الطريق بسراويل ليس عليه غيره، فَأَمَّا مُجَرَّدُ اللَّعِبِ بِالشِّطْرَنْجِ فَلَيْسَ بِفِسْقٍ مَانِعٍ مِنَ الشَّهَادَةِ.

وذكر في «الذخيرة»: ولا تقبل شهادة من يلعب بالشطرنج، لكن بشرط انضمام إحدى المعانِي الثلاثة: إذا قامر عليه، أو شغله عن الصلاة، أو أكثر الحلف عليه بالكذب والباطل؛ لأنَّ هذه الأشياء الثلاثة من الكبائر.

ومن يلعب بالنَّرد فهو مردود الشهادة على كل حال، قال صلَّى الله عليه وسلم: «ملعون من لعب بالنرد»، ومن كان ملعونـًا كيف عدلًا.

قوله: لِأَنَّ لِلِاجْتِهَادِ فِيهِ مَسَاغًا، قال مالك والشافعي رحمهما الله: يحل اللعب بالشطرنج، وأبو زيد الحكيم يختار قولهما، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَشَرَطَ فِي الأَصْلِ أَنْ يَكُونَ آكِلُ الرِّبَا مَشْهُورًا بِهِ، وعن هذا وقع الفرق بين هذا وبين أكل مال اليتيم، فقال في «الذخيرة»: وكان ينبغي أن تزول العدالة بالأكل مرة كأكل مال

الإِنْسَانَ قَلَّمَا يَنْجُو عَنْ مُبَاشَرَةِ العُقُودِ الفَاسِدَةِ وَكُلُّ ذَلِكَ رِبًا.

قَالَ: (وَلا مَنْ يَفْعَلُ الأَفْعَالَ المُسْتَحْقَرَةَ كَالبَوْلِ عَلَى الطَّرِيقِ وَالأَكْلِ عَلَى الطَّرِيقِ)

اليتيم؛ لأنَّ كل واحد منهما كبيرة ومع هذا شرط الإدمان في أكل الربا.

واختلف المشايخ في علته، قال بعضهم: إنما شرط ذلك؛ لأنَّ الإنسان عسى يبتلي بذلك؛ لأنَّ البياعات الفاسدة كلها ربـًا، ولا يمكنه التحرز عن جميع الأسباب المفسدة العقد فقد لا يهتدي إلى ذلك، فلو ردت شهادته إذا ابتلي به مرَّة لا يبقي في الدنيا مقبول الشهادة، فلذلك شرط أن يكون مشهورًا بذلك مقيمًا عليه.

وقال بعضهم بأن الربا ليس بحرام محض؛ لأنَّ الربا مفيد للملك عندنا بعد اتصال القبض به، والملك مبيح للأكل في غير الخمر، وإن كانت حرمة السبب تمنع الأكل فلم يكن حرامًا محضًا، وكان ناقصًا في كونه كبيرةً، فيجبُ ما ارتكب الشاهد في دينه أن يكون ذلك في الحرام مثل حرمة شهادة الزور، حتى يستدل به على شهادة الزور، وشهادة الزور حرام محضٌ؛ لأنَّه كذب فارتكاب ما لا يكون حرامًا محضـًا لا يدل عليه، بخلاف أكل مال اليتيم بغير حق، فإنه لم يوجد فيه ما يدل على نقصانه في كونه كبيرة، فكان هو مثل شهادة الزور فيدل هو عليه.

قوله: وَلا مَنْ يَفْعَلُ الأَفْعَالَ المُسْتَحْقَرَةَ، وفيه نسخ: كالمستحقرة، والمستخفَّة، والمستقبحة، من الاستحقار، والاستخاف، والاستقباح، كلها على بناء اسم المفعول، المستخفة من التسخيف على بناء اسم الفاعل، وصحح في «المغرب» هذه الأخيرة دون غيرها، وقال: سخَّفته نسبته إلى السخف وهو رقة العقل، من قولهم: ثوب سخيف، إذا كان قليل الغزل، وعليه ما في «المختصر»: لا تجوز شهادة من يفعل الأفعال المستخفة ثم قال: وهكذا بخطِّ شيخنا وتصحيحه، وأمَّا المستخِفَّة بفتح الخاء وكسرها ففي كل منها تمحُّل.

قوله: وَالأَكْلِ عَلَى الطَّرِيقِ، يعنِي: به بمرأى الناس.

وذكر في «فتاوى قاضي خان»: ولا تقبل شهادة من يأكل في السوق بين أيدي الناس؛ لأنَّ ذلك لا يفعل من كان له مروءة.

وذكر في «الذخيرة»، و«المغني»: قد قال بعض مشايخنا: أن شهادة الصكاكين لا تقبل؛

لِأَنَّهُ تَارِكٌ لِلْمُرُوءَةِ، وَإِذَا كَانَ لَا يَسْتَحْيِ عَنْ مِثْلِ ذَلِكَ لَا يَمْتَنِعُ عَنِ الكَذِبِ

لأنّهم يكتبون: هذا ما اشترى فلان بن فلان، وقبض المشتري ما اشترى، وسلم البائع ما باع، وضمن الدرك، فإن لم يكن شيءٌ من ذلك فيكون هذا منهم كذباً محضاً؛ إذ لا فرق بين الكذب بالقول وبين الكذب بالكتابة، والصحيح أنه تقبل شهادتهم إذا كان غالب أحوالهم الصلاح.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: «لا تجوز شهادة أصحاب الخمر»، وأراد به النخَّاسين، وإنما قال ذلك لكثرة ما يكذبون، ولأيمانهم الفاجرة، فإن عُلم من واحد منهم أنه لا يجري منه الكذب واليمين الفاجرة كان عدلاً فتقبل شهادته.

وقال بعض العلماء: لا تقبل شهادة أهل الصناعات، لكثرة خلافهم، وكثرة ما يجري من الأيمان الفاجرة بينهم.

وعامة العلماء يقولون: المجوِّز العدالة، وقد وجدت فتقبل شهادتهم.

وقال الخصاف رحمه الله: شهادة بائع الأكفان لا تقبل، قال شمس الأئمة رحمه الله: إنما لا تقبل شهادته إذا ابتكر لذلك العمل وترصَّد؛ لأنَّه حينئذٍ يتمنى الموت والطاعون، فأمَّا إذا كان يبيع الثياب هكذا، وتُشترى منه الأكفان تجوز شهادته، وشهادة البخيل لا تقبل، ذكره في مناقب أبي حنيفة رضي الله عنه.

وحُكي عن نصير بن يحيى أنه سُئل عن من يشتم أهله ومماليكه وأولاده، أتقبل شهادته؟ قال إذا كان في كل يوم وكل ساعة فلا، وإن كان أحيانًا تقبل إن شاء الله.

وفي «الجامع الصَّغير» للإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وكذا لا تقبل شهادة من يجازف في كلامه.

حُكي أن الفضل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند أبي يوسف رحمه الله في حادثة فرد شهادته، فشكاه إلى الخليفة، قال الخليفة: أيها القاضي إن وزيري رجل ديِّن لا يشهد بالزور فلم رددتَ شهادته؟ قال: لأنِّي سمعتُه يومًا قال للخليفة: أنا عبدك، فإن كان صادقًا فلا شهادة للعبد، وإن كان كاذبًا فكذلك أيضًا؛ لأنَّه إذا كان لا يبالي في مجلسك من الكذب لا يبالي من الكذب في مجلسي أيضًا، فعذره الخليفة في ذلك.

فَيُتَّهَمُ. (وَلا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ يُظْهِرُ سَبَّ السَّلَفِ) لِظُهُورِ فِسْقِهِ بِخِلَافِ مَنْ يَكْتُمُهُ. (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الأَهْوَاءِ إِلَّا الخَطَّابِيَّةُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ أَغْلَظُ وُجُوهُ الفِسْقِ. وَلَنَا أَنَّهُ فِسْقٌ مِنْ حَيْثُ الِاعْتِقَادُ وَمَا أَوْقَعَهُ فِيهِ إِلَّا تَدَيُّنُهُ بِهِ

قوله: وَلا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ يُظْهِرُ سَبَّ السَّلَفِ، المراد من السلف الصحابة، والتابعون، وأبو حنيفة، وأصحابه رضي الله عنهم.

وفي «الذخيرة»: قال أبو يوسف رحمه الله: لا أجيز شهادة من يشتم أصحاب رسول الله صلَّى الله عليه وسلم؛ لأنَّه لو شتم واحدًا من الناس لا تجوز شهادته، فهاهنا أولى.

قوله: وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الأَهْوَاءِ، الهوى: مَيلان النفس إلى ما يُستلذ به من الشهوات، وإنما سُمُّوا به لمتابعتهم النفس، ومخالفتهم السنة، كالخوارج وغيرهم، فإن أصول أهل الأهواء ستة: الجبر، والقدر، والرفض، والخروج، والتشبيه، والتعطيل، ثم كل واحد يصير اثنتي عشرة فرقة، فتبلغُ إلى اثنتين وسبعين فرقة.

وذكر في «الذخيرة»: وشهادة أهل الأهواء مقبولة عندنا إذا كان هوى، ولا يكفر به صاحبه، ولا يكون ماجنًا، ويكون عدلًا في تعاطيه، وهو الصحيح، واستدل محمد رحمه الله في الكتاب لبيان ذلك فقال: أرأيت أن أصحاب رسول الله صلَّى الله عليه وسلم ساعدوا معاوية على مخالفة عليٍّ رضي الله عنه، ولو شهدوا بين يدي علي أكان يرد شهادتهم؟ ولا شك أن مخالفة علي بعد عثمان رضي الله عنهما بدعة وهوى، فكيف الخروج عليه بالمسايفة؟ لكن لمَّا كان عن تأويل وتدين لم يمنع قبول الشهادة، فكذا هذا.

ولأنه مسلم عدل في تعاطيه شهد لغيره من كل وجه، وهو من أهل الشهادة فتقبل شهادته قياسًا على غير صاحب الهوى.

وإنما قلنا: أنه مسلم؛ لأنَّ كلامنا في هوى لا يكفر به صاحبه، وإنما قلنا: أنه عدل في تعاطيه؛ لأنَّه لم يرتكب ما هو حرام في دينه، واعتقاده حرمته مثل حرمة شهادة الزور حتى يُستدل به على شهادة الزور.

وَصَارَ كَمَنْ يَشْرَبُ الْمُثَلَّثَ أَوْ يَأْكُلُ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا مُسْتَبِيحًا لِذَلِكَ، بِخِلَافِ الفِسْقِ مِنْ حَيْثُ التَّعَاطِي. أَمَّا الخَطَّابِيَّةُ فَهُمْ مِنْ غُلَاةِ الرَّوَافِضِ يَعْتَقِدُونَ الشَّهَادَةَ لِكُلِّ مَنْ حَلَفَ عِنْدَهُمْ. وَقِيلَ يَرَوْنَ الشَّهَادَةَ لِشِيعَتِهِمْ وَاجِبَةً فَتَمَكَّنَتِ التُّهْمَةُ فِي شَهَادَتِهِمْ.

قَالَ: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ) وَإِنِ اخْتَلَفَتْ مِلَلُهُمْ.

قوله: وَصَارَ كَمَنْ يَشْرَبُ الْمُثَلَّثَ أَوْ يَأْكُلُ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا مُسْتَبِيحًا لِذَلِكَ، أي: معتقدًا إباحة ذلك فإنه لا يصير به مردود الشهادة، كذا في «المبسوط».

قوله: أَمَّا الخَطَّابِيَّةُ، فهم قوم يُنسبون إلى أبي الخطاب، رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكنائس؛ لأنَّه كان يزعم أن علي بن أبي طالب الإله الأكبر، وجعفر الصادق الإله الأصغر، وكانوا يعتقدون أن من ادَّعى منهم شيئًا على غيره يجبُ أن يشهد له بقية شيعته بذلك، كذا في «شرح الأقطع».

وذكر في «المغرب»: الخطابيَّة: طائفة من الرافضة نُسبوا إلى أبي الخطاب محمد بن أبي وهب الأجدع، قال صاحب «المقالات»: وهم كانوا يدينون بشهادة الزور لموافقيهم.

وفسَّرها في «المبسوط» كما فسر في الكتاب فقال: هم صنف من الروافض يستجيزون أن يشهدوا للمدعي إذا حلف عندهم أنه محق، ويقولون: المسلم لا يحلف كاذبًا، فاعتقاده هذا يمكِّن تهمة الكذب، فرُبَّما أقدم على أداء الشهادة بهذا الطريق، فأمَّا رواية الأخبار من أهل الأهواء فقد اختلف فيه مشايخنا، والأصح عندي أنه لا يقبل، كذا في «المبسوط».

قوله: وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ، وَإِنِ اخْتَلَفَتْ مِلَلُهُمْ، قيد: شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ، احتراز عمَّا يأتِي بعد هذا بقوله: وَلا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الحَرْبِيِّ عَلَى الذِّمِّيِّ، وقيد بقوله: وَإِنِ اخْتَلَفَتْ مِلَلُهُمْ، احترازًا عن قول ابن أبي ليلى فإنه يقول: إن اتفقت مللهم تقبل شهادة بعضهم على البعض، وإن اختلفت لا تقبل؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلم:

وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ فَاسِقٌ، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿وَالكَافِرُونَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٥٤] فَيَجِبُ التَّوَقُّفُ فِي خَبَرِهِ، وَلِهَذَا لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى المُسْلِمِ فَصَارَ كَالمُرْتَدِّ. وَلَنَا مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - أَجَازَ شَهَادَةَ النَّصَارَى بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ، وَلِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الوِلايَةِ عَلَى نَفْسِهِ

«لا شهادة لأهل ملة لأهل ملة أخرى إلا المسلمين»، فشهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها.

وإنا نقول: قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍۚ﴾ [الأنفال: ٧٣]، والمراد منه الولاية دون الموالاة، فإنه معطوف على قوله: ﴿مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٧٢].

قوله: وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ فَاسِقٌ، قَالَ اللهُ تَعَالَى لِلْكَافِرِيْنَ: ﴿هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ۝٤٧﴾ [المائدة: ٤٧]، هكذا كان لفظ الكتاب بتصحيح شيخي رحمه الله؛ لأنَّ الله تعالى قال للكافرين: ﴿هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ۝٤٧﴾ والفسق عبارة عن الخروج، يقال: فسقت الرطبة إذا خرجت من قشرها، وسُمِّي المسلم بذلك لخروجه عن حد الدين تعاطيًا، والكافر لخروجه عن حد الدين اعتقادًا، فإذا ثبتَ أنه فاسق وجب التوقف في خبره بالنص.

قوله: فَصَارَ كَالمُرْتَدِّ، أي: لا تقبل شهادة المرتد لجنسه، وخلاف جنسه، وعليهما، فكذا الكافر.

قوله: وَلَنَا مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَجَازَ شَهَادَةَ النَّصَارَى بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ، رواه جابر بن عبد الله، وأبو موسى رضي الله عنهما، وحُجَّتنا أيضًا في ذلك قوله تعالى: ﴿أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦]، أي: من غير دينكم، وهو بناء على قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ﴾ [المائدة: ١٠٦]، ففيه تنصيص على جواز شهادتهم على وصية المسلم، ومن ضرورة جواز شهادتهم على وصية المسلم جوازها على وصية الكافر، وما ثبتَ بضرورة النص فهو كالمنصوص، ثم انتسخ ذلك في حق المسلم بانتساخ حكم ولايتهم على المسلمين، فبقي حكم الشهادة فيما بينهم على ما ثبتَ بضرورة النص، وليس

وَأَوْلَادِهِ الصِّغَارِ فَيَكُونُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ عَلَى جِنْسِهِ، وَالفِسْقُ مِنْ حَيْثُ الِاعْتِقَادُ غَيْرُ مَانِعٍ لِأَنَّهُ يَجْتَنِبُ مَا يَعْتَقِدُهُ مُحَرَّمَ دِينِهِ، وَالكَذِبُ مَحْظُورُ الأَدْيَانِ، بِخِلَافِ المُرْتَدِّ لِأَنَّهُ لا وِلَايَةَ لَهُ، وَبِخِلَافِ شَهَادَةِ الذِّمِّيِّ عَلَى المُسْلِمِ؛

من ضرورة انتساخ شهادتهم على المسلمن انتساخ شهادة بعضهم على بعض كالولاية.

قوله: وَالفِسْقُ مِنْ حَيْثُ الِاعْتِقَادُ غَيْرُ مَانِعٍ لِأَنَّهُ يَجْتَنِبُ مَا يَعْتَقِدُهُ مُحَرَّمَ دِينِهِ، وَالكَذِبُ مَحْظُورُ الأَدْيَانِ، فإن قلتَ: لا نسلم أنَّهم يجتنبون الكذب بل يباشرونه، فإنَّ الله تعالى أخبر أنَّهم ينكرون الآيات عنادًا، مع علمهم بأنَّها حق فكان ذلك كذبًا منهم، قال الله تعالى: ﴿وَجَحَدُوا۟ بِهَا وَٱسْتَيْقَنَتْهَآ أَنفُسُهُمْ ظُلْمًا وَعُلُوًّا﴾ [النمل: ١٤].

قلتُ: كان ذلك في الأحبار الذي كانوا على عهد رسول الله صلَّى الله عليه وسلم؛ حيث تواطئوا على كتمان نعت رسول الله صلَّى الله عليه وسلم ونبوته، فلا شهادة لأولئك عندنا، فأمَّا من سواهم فيعتقدون الكفر؛ لأنَّ عندهم أن الحق ما هم عليه، قال الله تعالى: ﴿وَمِنْهُمْ أُمِّيُّونَ لَا يَعْلَمُونَ ٱلْكِتَـٰبَ إِلَّآ أَمَانِىَّ﴾ [البقرة: ٧٨]، وقال تعالى: ﴿وَإِنَّ فَرِيقًا مِّنْهُمْ لَيَكْتُمُونَ ٱلْحَقَّ﴾ [البقرة: ١٤٦]، وبهذا التحقيق يتبين أن فسقهم فسق اعتقاد، وقد بيَّنا في شهادة أهل الأهواء أن فسق الاعتقاد لا يمكن تهمة الكذب في الشهادة.

فإن قلتَ: لو احتج الخصم بقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقد شرط الله تعالى أن يكون الشاهد مرضيًّا، والكافر لا يكون مرضيًّا؛ ولأن شهادته لا تقبل على المسلم، وكل من لا يكون من أهل الشهادة على المسلمين لا يكون من أهل الشهادة على أحد، كالعبيد والصبيان بل أَوْلَى، فالعبد المسلم أحسن حالًا من الكافر، ألا ترى أن خبره في الديانات يُقبل، ولا يقبل خبر الكافر؛ ولأن الرقَّ من آثار الكفر، فإذا كان أثر الكفر يخرجه من الأهلية للشهادة فأصل الكفر أَوْلَى؛ ولأنَّا لو قبلنا شهادته لأوجبنا على القاضي القضاء بشهادته، ولا يجوز أن يلزم المسلم شيئًا بقول الكافر، فما جوابنا عن هذا المجموع؟

قلتُ: أمَّا الآية فإن الرضا ثبت في حق الكافر في حق المعاملات بصفة الأمانة؛ لأنَّ

لِأَنَّهُ لا وِلايَةَ لَهُ بِالإِضَافَةِ إِلَيْهِ، وَلِأَنَّهُ يَتَقَوَّلُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ يَغِيظُهُ قَهْرُهُ إِيَّاهُ،

الله تعالى وصفهم بذلك فقال: ﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَـٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ﴾ [آل عمران: ٧٥]، وهذه الآية خرجت مخرج الوصف له بالأمانة، وفعل الأمانة مرضى الله تعالى وإن لم يكن الكافر مرضيًّه لكفره؛ ولمَّا كان مؤتمنًا في المعاملات كان مؤتمنًا في الشهادة؛ لأنَّ الشهادة من أداء الأمانات.

وأمَّا العبيد والصبيان فإنه لا شهادة لهم؛ لانعدام الأهلية والولاية.

وأمَّا الكافر من أهل الولاية في جنسه فيكون من أهل الشهادة كالمسلم، وبيان الوصف في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣]، والمراد منه الولاية دون الموالاة على ما ذكرنا، والدليل عليه أنه تصح الأنكحة فيما بينهم، ولا نكاح إلا بولي في حق الأكثرين، والمسلم إذا خطبَ إلى كتابي ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاحـ فإذا ثبتت الأهلية للولاية ثبتت الأهلية للشهادة؛ لأنَّ في الشهادة نوع ولاية، وبهذا يتبين أن الولاية قد تثبت للكافر في جنسه ولا تثبت للعبيد، فلم يلزم من عدم أهلية العبد في الشهادة عدم أهلية الكافر فيها.

وأمَّا قوله: لو قبلنا شهادته لأوجبنا على القاضي القضاء بقول الكافر، فقلنا: ليس كذلك؛ لأنَّ القاضي إنما يلزمه القضاء بتقلده عند قيام الحجة، وباعتبار أنه التزم أداء أمانة القضاء، لا أن يكون الوجوب بقول الكافر، بل يلزمه أداء أمانة القضاء لتحملها، كما يلزمه النظر للغائب والصغير، لا بإيجاب من قبلهما بل بأمانة تحملها، إلى هذا كله أشار في «المبسوط»، و«الأسرار»، و«الإيضاح».

قوله: لِأَنَّهُ لا وِلَايَةَ لَهُ - أي: لأنَّ الشأن أن لا ولاية للذمي - بِالإِضَافَةِ إِلَيْهِ، أي: بالنسبة إلى المسلم، هذا احتراز عن الإضافة إلى الكافر، بأن للكافر ولاية بالنسبة إلى الكافر الآخر على ما ذكرنا.

قوله: وَلِأَنَّهُ يَتَقَوَّلُ عَلَيْهِ؛ - أي: ولأن الذمي يفتري على المسلم - لِأَنَّهُ يَغِيظُهُ قَهْرُهُ إِيَّاهُ، أي: لأنَّ الشأن هو أن يسخط الذمي قهر المسلم الذمي.

وَمِلَلُ الكُفْرِ وَإِنِ اخْتَلَفَتْ فَلَا قَهْرَ فَلَا يَحْمِلُهُمُ الغَيْظُ عَلَى التَّقَوُّلِ.

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الحَرْبِيِّ عَلَى الذِّمِّيِّ) أَرَادَ بِهِ وَاللهُ أَعْلَمُ المُسْتَأْمَنَ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ لِأَنَّ الذِّمِّيَّ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا وَهُوَ أَعْلَى حَالًا مِنْهُ، (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الذِّمِّيِّ

قوله: وَمِلَلُ الكُفْرِ وَإِنِ اخْتَلَفَتْ فَلَا قَهْرَ، إلى آخره، هذا جواب إشكال يرد على أصل المسألة وهو قوله: وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ، وَإِنِ اخْتَلَفَتْ مِلَلُهُمْ، بأن يقول قائل: فالمعاداة ظاهرة بين اليهود والنصارى، وهم غير محقين في ذلك قال الله تعالى: ﴿وَقَالَتِ ٱلْيَهُودُ لَيْسَتِ ٱلنَّصَـٰرَىٰ عَلَىٰ شَىْءٍ وَقَالَتِ ٱلنَّصَـٰرَىٰ لَيْسَتِ ٱلْيَهُودُ عَلَىٰ شَىْءٍ﴾ [البقرة: ١١٣]، فيجبُ أن لا تقبل شهادة أهل ملة على ملة أخرى كما هو مذهب ابن أبي ليلى، فأجاب عنه بهذا الذي ذكره في الكتاب.

وذكر في «المبسوط» جواب هذا وقال: ثم اليهود يعادون النصارى بسبب هم فيه محقُّون، وهو دعواهم الولدَ لله تعالى، والنصارى يعادون اليهود بسبب هم فيه محقُّون، وهو إنكارهم نبوَّة عيسى عليه السلام، والفريقان يعادون المجوس بسبب هم فيه محقُّون، وهو إنكارهم التوحيد ظاهرًا، ودعواهم الاثنين، فشهادة بعضهم على البعض كشهادة المسلمين على الكفار، ولئن كان بعضهم يعادي البعض بسبب باطل، فلم يصر بعضهم مقهور بعض لتحملهم ذلك على التقول بخلاف الكفار، فقد صاروا مقهورين من جهة المسلمين، وذلك تحملهم على التقول عليهم، فلذلك لا تقبل شهادتهم على المسلمين.

قوله: وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الحَرْبِيِّ عَلَى الذِّمِّيِّ، وإنما أراد به المستأمن، وإنما قيد بهذا لعدم تصور شهادة الكافر الحربي على الذمي؛ لما أن الشهادة إنما تكون في مجلس القضاء، ومن شرط القضاء المصر في دار الإسلام، فلو دخل الحربي دارَ الإسلام بغير استئمان يؤخذ قهرًا فيُسترق، فتكون شهادته حينئذٍ شهادة عبدٍ، فلا تقبل شهادة عبد على أحد فكيف تقبل على الذمي؟

قوله: لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا - أي: لأنَّ الذمي - وَهُوَ أَعْلَى مِنْهُ، أي: الذمي أعلى من المستأمن،

عَلَيْهِ كَشَهَادَةِ المُسْلِمِ عَلَيْهِ وَعَلَى الذِّمِّيِّ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ المُسْتَأْمَنِينَ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ إِذَا كَانُوا مِنْ أَهْلِ دَارٍ وَاحِدَةٍ، فَإِنْ كَانُوا مِنْ دَارَيْنِ كَالرُّومِ وَالتُّرْكِ لا تُقْبَلُ) لِأَنَّ اخْتِلَافَ الدَّارَيْنِ يَقْطَعُ الوِلَايَةَ وَلِهَذَا يَمْنَعُ التَّوَارُثَ، بِخِلَافِ الذِّمِّيِّ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا، وَلا كَذَلِكَ المُسْتَأْمَنُ.

(وَإِنْ كَانَتِ الحَسَنَاتُ أَغْلَبَ مِنَ السَّيِّئَاتِ وَالرَّجُلُ مِمَّنْ يَجْتَنِبُ الكَبَائِرَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ وَإِنْ أَلَمَّ بِمَعْصِيَةٍ) هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ فِي حَدِّ العَدَالَةِ المُعْتَبَرَةِ، إِذْ لا بُدَّ مِنْ تَوَقِّي

أي: أقرب إلى أهل الإسلام؛ لأنَّه قبل ما هو خلف الإسلام وهو الجزية؛ ولأن المسلم يقتل بالذمي قصاصًا، ولا يقتل المسلم بالمستأمن.

وقوله: بِخِلَافِ الذِّمِّيِّ، متصل بقوله: وَإِنْ كَانُوا مِنْ دَارَيْنِ كَالرُّومِ وَالتُّرْكِ لا تُقْبَلُ؛ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الدَّارَيْنِ يَقْطَعُ الوِلَايَةَ، أي: شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة وإن كانوا من شعاب مختلفة؛ لأنَّهم صاروا من أهل دارنا حتى لا يمكنون من الرجوع إلى دار الحرب، فلمَّا كان كذلك صاروا بمنزلة المسلمين، وشهادة المسلمين مقبولة على أهل الذمة كلهم وإن كانوا من ضيعات مختلفة، فكذا شهادة بعضهم على البعض؛ لما أن دار الإسلام لا يختلف باعتبار المنعة، بخلاف المستأمنين حيث لا تقبل شهادة بعضهم على البعض إذا كانوا من أهل دارين كالرُّوم والترك؛ لأنَّ الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين، ولهذا لا يجري التوارث بينهم، بخلاف دار الإسلام فإنَّها دار حكم، فباختلاف المنعة لا تختلف الدار، فأما دار الحرب فليست بدار أحكام، فباختلاف المنعة تختلف الدار، إلى هذا أشار في «المبسوط» في باب الشهادة على الشهادة.

قوله: وَالرَّجُلُ يَجْتَنِبُ الكَبَائِرَ، أي: كلها، وقد ذكرنا تفسير الكبائر.

قوله: وَإِنْ أَلَمَّ بِمَعْصِيَةٍ، أي: أذنب بمعصية صغيرة، مشتق من اللَّمم، وهو ما دون الفاحشة من صغار الذنوب.

الكَبَائِرِ كُلِّهَا وَبَعْدَ ذَلِكَ يُعْتَبَرُ الغَالِبُ كَمَا ذَكَرْنَا، فَأَمَّا الإِلْمَامُ بِمَعْصِيَةٍ لا تَنْقَدِحُ بِهِ العَدَالَةُ المَشْرُوطَةُ فَلَا تُرَدُّ بِهِ الشَّهَادَةُ المَشْرُوعَةُ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ اجْتِنَابِهِ الكُلَّ سَدَّ بَابِهِ وَهُوَ مَفْتُوحٌ إِحْيَاءً لِلْحُقُوقِ.

قَالَ: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَقْلَفِ) لِأَنَّهُ لا يُخِلُّ بِالعَدَالَةِ إِلَّا إِذَا تَرَكَهُ اسْتِخْفَافًا بِالدِّينِ لِأَنَّهُ

وذكر في «الذخيرة»: والحاصل أن ارتكاب الكبيرة يوجب زوال العدالة، وارتكاب الصغيرة لا يوجب زوال العدالة؛ لأنَّ ارتكاب الكبيرة يدل على شهادة الزور؛ لأنَّ حرمة ما ارتكب من الكبيرة كحرمة شهادة الزور، فإذا ارتكب كبيرة مع اعتقاده حرمتها يُتهم أنه يرتكب شهادة الزور أيضًا، قياسًا واستدلالًا بها.

فأمَّا ارتكاب الصغيرة لا يدل على شهادة الزور؛ لأنَّ شهادة الزور كبيرة، والإنسان قد يجتنب من الكبائر ولا يجتنب من الصغائر، فارتكاب الصغائر لا يدل على شهادة الزور فلا يوجب زوال العدالة، ولا يكون جرحًا إلا أن يُصَرَّ على ذلك؛ لأنَّ الصغيرة تصير كبيرة بالإصرار على ما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلم أنه قال: «لا صغيرة مع الإصرار ولا كبيرة مع الاستغفار».

وحُكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنه قال: الناس لا يخلون عن ارتكاب الصغائر، ولا يخلون عن إتيان ما هو مأذون به في الشرع، فيعتبر في ذلك الغالب يريدُ به في حق الصغائر، وإن كان غالب أحواله أنه إنَّما يأتِي بما هو مأذون به في الشرع، ويحترز عما لا يحل في الشرع من الصغائر، كان جائز الشهاد بعد أن يحترز عن كل الكبائر، وإن كان غالب أحواله أنه لا يحترز عن الصغائر لا يكون جائز الشهادة.

الأَقْلَف: أي: الذي لم يُختن.

خصاه: نزع خصيتيه، يخصيه خصاء على فعال، والمفعول خصي على فعيل، والجمع خصيان، كذا في «المغرب».

وقوله: وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَقْلَفِ؛ لِأَنَّهُ لا يُخِلُّ بِالعَدَالَةِ؛ لأنَّ العدالة لا تنعدم بترك الختان

لَمْ يَبْقَ بِهَذَا الصَّنِيعِ عَدْلًا (وَالخَصِيِّ) لِأَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - قَبِلَ شَهَادَةَ عَلْقَمَةَ الخَصِيِّ، وَلِأَنَّهُ قُطِعَ عُضْوٌ مِنْهُ ظُلْمًا فَصَارَ كَمَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُهُ. (وَوَلَدِ الزِّنَا) لِأَنَّ فِسْقَ الأَبَوَيْنِ لا يُوجِبُ فِسْقَ الوَلَدِ كَكُفْرِهِمَا وَهُوَ مُسْلِمٌ. وَقَالَ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا تُقْبَلُ فِي الزِّنَا لِأَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ كَمِثْلِهِ فَيُتَّهَمُ. قُلْنَا: العَدْلُ لا يَخْتَارُ ذَلِكَ وَلا يَسْتَحِبُّهُ، وَالكَلَامُ فِي العَدْلِ.

قَالَ: (وَشَهَادَةُ الخُنْثَى جَائِزَةٌ) لِأَنَّهُ رَجُلٌ أَوِ امْرَأَةٌ وَشَهَادَةُ الجِنْسَيْنِ مَقْبُولَةٌ بِالنَّصِّ. (وَشَهَادَةُ العُمَّالِ جَائِزَةٌ) وَالمُرَادُ عُمَّالُ السُّلْطَانِ عِنْدَ عَامَّةِ المَشَايِخِ؛

إذا كان ترك الختان بعذر، قيل: العذر في ذلك الكبر وخوف الهلاك.

ثم لا بدَّ من معرفة وقت الختان، ولم يقدر أبو حنيفة رضي الله عنه فيه تقديرًا؛ لأنَّه لم ينزل فيه قرآن، ولم يرد فيه سنة، ولم ينقل فيه إجماع الصحابة رضي الله عنهم، وطريق معرفة المقادير السماع فلذلك لم يُقدر فيه تقديرًا.

والمتأخرون من مشايخنا اختلفوا فيه بعضهم من سبع سنين إلى عشر سنين، وبعضهم قالوا: اليوم السابع من ولادته، أو بعد السابع بعد أن يحتمل الصبي ولا يهلك؛ لما رُوي أن الحسن والحسين رضي الله عنهما خُتنا اليوم السابع، أو بعد السابع، ولكنه شاذ.

وأمَّا صفته فقد اختلف العلماء فيها، بعضهم قالوا: إنَّه فريضة، وقال علماؤنا: إنه سنة، قال رسول الله صلَّى الله عليه وسلم: «الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة»، قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: كان النساء يُختنَّ في زمن أصحاب النبي صلَّى الله عليه وسلم، وإنما كان ذلك مكرمة؛ لأنَّها تكون ألذُّ للرجال عند المُواقعة، كذا في «الذخيرة»، و«أدب القاضي» للصدر الشهيد.

قوله: وَشَهَادَةُ الخُنْثَى جَائِزَةٌ، وذكر في «الخزانة»: والخنثى المشكل لا يشهد مع رجل، ولا مع امرأة، ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل.

لِأَنَّ نَفْسَ العَمَلِ لَيْسَ بِفِسْقٍ إِلَّا إِذَا كَانُوا أَعْوَانًا عَلَى الظُّلْمِ. وَقِيلَ العَامِلُ إِذَا كَانَ وَجِيهًا فِي النَّاسِ ذَا مُرُوءَةٍ لا يُجَازِفُ فِي كَلَامِهِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ كَمَا مَرَّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الفَاسِقِ، لِأَنَّهُ لِوَجَاهَتِهِ لا يَقْدُمُ عَلَى الكَذِبِ حِفْظًا لِلْمُرُوءَةِ وَلِمَهَابَتِهِ لا يُسْتَأْجَرُ عَلَى الشَّهَادَةِ الكَاذِبَةِ. قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ الرَّجُلَانِ أَنَّ أَبَاهُمَا أَوْصَى

قوله: لِأَنَّ نَفْسَ العَمَلِ لَيْسَ بِفِسْقٍ، إنما الفسق هو الظلم، فإن العامل إذا كان عدلًا يستحق ثوابًا عظيمًا على ما رُوي عن رسول الله صلَّى الله عليه وسلم أنه قال: «سبعة يُظلُّهم الله تعالى يوم لا ظل إلا ظلُّه»، وذكر فيها إمامًا مقسطـًا، وألا ترى أن الكبراء من الصحابة رضي الله عنهم أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي رضي الله عنهم كانوا عمالًا، ولو كان نفس العمل حرجًا وفسقًا لتنزهوا عن ذلك، كذا في «الذخيرة».

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: أراد به عامل السلطان الذي يُعين السلطان في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج، وزكاة السوائم ونحوه، أمَّا الذي يُعينه على أخذ الحرام لا تقبل شهادته، ثم قال: وقيل: أراد بالعمَّال الذين يعملون بأيديهم ويؤاجرون أنفسهم؛ لأنَّ من الناس من قال: لا تقبل شهادة هؤلاء، وإنما أورد هذه المسألة ردًّا لقول ذلك القائل؛ لأنَّ كسبهم أطيب الكسب على ما جاء في الحديث: «أفضل الناس عند الله تعالى من يأكل من كسب يده»، فلا يوجب ذلك جرحًا.

وفي «الفوائد الظهيريَّة»: وذكر الصدر الشهيد: أن شهادة الرئيس والجانِي في السِّكة الذي يأخذ الدراهم، والصرَّاف الذي تُجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعًا، لا تقبل شهادتهم، وذكر البزدوي في باب الضمان من «الجامع الصَّغير»: أن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة كان مأجورًا، وإن كان أصله من الجهة التي تؤخذ باطلًا، فعلى هذا ينبغي أن تقبل شهادة من قام بالتوزيع، ولو كان مجازفًا في كلامه من العمال لا تقبل شهادته، وقد ذكرناه.

قوله: وَإِذَا شَهِدَ الرَّجُلَانِ أَنَّ أَبَاهُمَا أَوْصَى إِلَى فُلَانٍ وَالوَصِيُّ يَدَّعِي ذَلِكَ فَهُوَ جَائِزٌ،

إِلَى فُلَانٍ وَالوَصِيُّ يَدَّعِي ذَلِكَ فَهُوَ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا، وَإِنْ أَنْكَرَ الوَصِيُّ لَمْ يَجُزْ) وَفِي القِيَاسِ: لا يَجُوزُ إِنِ ادَّعَى، وَعَلَى هَذَا إِذَا شَهِدَ المُوصِي لَهُمَا بِذَلِكَ أَوْ غَرِيمَانِ لَهُمَا عَلَى المَيِّتِ دَيْنٌ أَوْ لِلْمَيِّتِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ أَوْ شَهِدَ الوَصِيَّانِ أَنَّهُ أَوْصَى إِلَى هَذَا الرَّجُلِ مَعَهُمَا. وَجْهُ القِيَاسِ أَنَّهَا شَهَادَةٌ لِلشَّاهِدِ لِعَوْدِ المَنْفَعَةِ إِلَيْهِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ لِلْقَاضِي وِلَايَةَ نَصْبِ الوَصِيِّ إِذَا كَانَ طَالِبًا وَالمَوْتُ مَعْرُوفٌ، فَيَكْفِي القَاضِي

هاهنا خمس مسائل: الغريمان لهما على الميت دين، والغريمان للميت عليهما دين، والموصي لهما، والموصي إليهما، والوارثان، وشهد كل فريق أن الميت أوصى لهذا وهو يطلب ذلك، جازت الشهادة اسْتِحْسَانًا، وَفِي القِيَاسِ لا تقبل، وإن أنكر الوصي ذلك لم تجز قياسًا واستحسانًا.

قوله: وَجْهُ القِيَاسِ أَنَّهَا شَهَادَةٌ لِلشَّاهِدِ، أي: أن شهادة هذا الشاهد شهادة لنفسه، لعود منفعة هذه الشهادة إلى نفسه وهو استحقاق الميراث، ونصب من يقوم بإحياء حقوقه، فكانت هذه الشهادة شهادة لمتهم فلا تقبل؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلم: «لا شهادة لمتهم»، والقياسُ على ما لو شهد على أن أباهما وكله بقبض ديونه بالكوفة، وادعى الوكيل أو أنكر لم تجز شهادتهما.

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ هذه الشهادة ليست بشهادة في الحقيقة حتى لا تقبل بالتهمة؛ لأنَّ الشهادة الحقيقية هي التي توجب على القاضي من الحكم ما لم يكن واجبًا عليه، وهذه الشهادة ليست كذلك؛ فإن القاضي كان يملك نصيب الوصي إذا كان الموت ظاهرًا في مال الميت من غير شهادة كي لا يضيع ماله، فعند قيام الشهادة أَوْلَى؛ لأنَّ من زعم الشهود أن هذا الرجل مختار الميت، ومن ينصبه القاضي ليس بمختار الميت، ثم لمَّا جاز للقاضي نصبُ الوصيّ مع أنه ليس بمختار الميت، لأن يكون له ذلك إذا كان مختار الميت أَوْلَى، بخلاف مسألة الوكالة فإن ثمَّة ليس للقاضي أن ينصب عن الغائب خصمًا من غير شهادة، فلا يكون له ذلك أيضًا بشهادة الشهود إذا تمكَّنت التهمة فيها، وقد ذكرنا أن الشهادة إذا كانت شهادة

بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ مُؤْنَةَ التَّعْيِينِ لا أَنْ يَثْبُتَ بِهَا شَيْءٌ فَصَارَ كَالقُرْعَةِ وَالوَصِيَّانِ إِذَا أَقَرَّا أَنَّ مَعَهُمَا ثَالِثًا يَمْلِكُ القَاضِي نَصْبَ ثَالِثٍ مَعَهُمَا لِعَجْزِهِمَا عَنِ التَّصَرُّفِ بِاعْتِرَافِهِمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَنْكَرَا وَلَمْ يَعْرِفِ المَوْتَ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ نَصْبِ الوَصِيِّ فَتَكُونُ الشَّهَادَةُ هِيَ المُوجِبَةُ، وَفِي الغَرِيمَيْنِ لِلْمَيِّتِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ

على الحقيقة لا تقبل عند التهمة، وهناك كذلك؛ لأنَّ بهذه الشهادة يلزم على القاضي ما لم يكن لازمًا قبل الشهادة، فترد عند التهمة.

فإن قيل: هذا ينتقض بالوصيَّين، فإنه إذا كان للميت وصيَّين فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصيًا آخر، فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة يجبُ أن يكون كذلك عند أداء الشهادة إذا تمكَّنت التهمة فيها، ومع ذلك يتمكن القاضي من القضاء بشهادة الوصيَّين على أن الميت أوصى إلى هذا الثالث معنا؛ لما أن هذه إحدى صور المسائل الخمس.

قلنا: القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصي إليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال إلا بالثالث، فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمَّة وصي، وهناك تقبل الشهادة فكذا هنا، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي رحمه الله وغيره.

قوله: فَصَارَ كَالقُرْعَةِ، يعني: أن القرعة ليست بحجة، ومع هذا يجوز استعمالها في تعيين الأنصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت القرعة دافعةً لا موجبةً، فكذلك هذه الشَّهادة تدفع عن القاضي مؤنة التعيين، لا أن تُوجب شيئًا على القاضي وهو لم يكن عليه.

قوله: وَالوَصِيَّانِ إِذَا أَقَرَّا أَنَّ مَعَهُمَا ثَالِثًا، إلى آخره، هذا هو جواب الإشكال الذي ذكرناه وجوابه مفسرًا.

قوله: فَتَكُونُ الشَّهَادَةُ هِيَ المُوجِبَةُ، فترد للتهمة؛ لما قلنا: أنه شهادة للشاهد نفسه.

قوله: وَفِي الغَرِيمَيْنِ لِلْمَيِّتِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ المَوْتُ مَعْرُوفًا، أي: ليس للقاضي نصب الوصي في هذه الصور عند عدم ظهور موت الموصي، وانعدام الشهادة، فكذا شهادة تمكنت فيها التهمة إلا في الغريمين للميت عليهما دين، فإن شهادتهما

الْمَوْتُ مَعْرُوفًا لِأَنَّهُمَا يُقِرَّانِ عَلَى أَنْفُسِهِمَا فَيَثْبُتُ الْمَوْتُ بِاعْتِرَافِهِمَا فِي حَقِّهِمَا (وَإِنْ شَهِدَا أَنَّ أَبَاهُمَا الغَائِبَ وَكَّلَهُ بِقَبْضِ دُيُونِهِ بِالكُوفَةِ فَادَّعَى الوَكِيلُ أَوْ أَنْكَرَهُ لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا) لِأَنَّ القَاضِي لا يَمْلِكُ نَصْبَ الوَكِيلِ عَنِ الغَائِبِ، فَلَوْ ثَبَتَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمَا وَهِيَ غَيْرُ مُوجِبَةٍ لِمَكَانِ التُّهَمَةِ.

قَالَ: (وَلا يَسْمَعُ القَاضِي الشَّهَادَةَ عَلَى جَرْحٍ وَلا يَحْكُمُ بِذَلِكَ)؛ لِأَنَّ الفِسْقَ مِمَّا

تقبل على الموت والوصية؛ إذ ليس في هذه الشهادة تهمة؛ فإن ضررهما في ذلك أكثر من نفعهما فكانت شهادة على أنفسهما، وشهادة الإنسان على نفسه مقبولة وهي الإقرار.

قوله: وَلا يَسْمَعُ القَاضِي الشَّهَادَةَ عَلَى جَرْحٍ وَلا يَحْكُمُ بِذَلِكَ، فإن قيل: ما الفائدة في قوله: وَلا يَحْكُمُ بِذَلِكَ، فإنه يستفاد من قوله: وَلا يَسْمَعُ القَاضِي الشَّهَادَةَ عَلَى جَرْحٍ؟

قلنا: يمكن أن يقال: لا يسمع ولكن يحكم بعلمه، وهاهنا لا يسمع الجرح المجرد، ولا يحكم بأن الشهود فسقه، فلمَّا تصور الانفكاك في الجملة أورده للتأكيد.

ثم قوله: وَلا يَسْمَعُ القَاضِي الشَّهَادَةَ عَلَى جَرْحٍ، أي: جرح مفرد ومجرد، والمعنى من الجرح المفرد أو المجرد هو أن يطعن المدعى عليه الشهود بطعن لا يدخل تحت حكم القاضي كقوله: إنَّهم فسقه، وأمَّا الجرح الذي هو غير مجرَّد فهو أن يكون مقرونًا بحق من حقوق الله تعالى، بأن أقام المدعى عليه البينة أن الشهود زنوا، أو شربوا الخمر، كان مقصوده إقامة الحدِّ، وهو ممَّا يدخل تحت الحكم، أو هو يكون مقرونًا بحق من حقوق العباد، نحو أن قال: صالحتُ هؤلاء الشهود بكذا من المال على أن لا يشهدوا عليَّ بهذه الشهادة، ودفعت المال إليهم ولم يفوا بما شرطوا، فإنِّي أطالبهم بما دفعتُ إليهم، قُبل هذا الجرح؛ لأنَّ فيه إيجاب رد المال وهو ممَّا يدخل تحت الحكم، حتى لو قال: صالحتُهم بكذا من المال على أن لا يشهدوا عليَّ بهذه الشهادة ولكن لم أدفع المال إليهم لا تقبل.

وكذلك لو قال: استأجرهم المدَّعي بكذا من المال على أن يشهدوا له، لا تقبل أيضًا؛ لأنَّه يدعي المال لغيره لا لنفسه، وليس له ولاية دعوى المال لغيره، فكان جرحًا مجردًا فلا تقبل.

لا يَدْخُلُ تَحْتَ الحُكْمِ لِأَنَّ لَهُ الدَّفْعَ بِالتَّوْبَةِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الإِلْزَامُ، وَلِأَنَّهُ هَتْكُ السِّرِّ

وذكر الخصاف رحمه الله: أن الشهادة على الجرح المجرد مقبولة، ولذلك تأويلان:

أحدهما: أن يقيم البينة على إقرار المدعي بذلك؛ لأنَّه ليس فيه إظهار الفاحشة، بل هو حكاية إظهار الفاحشة، أو كان شهود الجرح يصلحون للتزكية فيصير ذلك بمنزلة شاهد زكَّاه نفرٌ وجرحه نفرٌ، فكان الجرح أَوْلَى، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله.

وبسط هذا فيما ذكره في «الذخيرة» فقال: اعلم أن المسألة على وجهين:

إمَّا أن أقام البينة على جرح مفرد وليس فيه إيجاب حق من حقوق العباد، ولا إثبات شيء من حقوق الشرع نحو أن أقام المدعي عليه البينة أن شهود المدَّعي فسقةٌ، أو زناةٌ، أو آكلوا ربًا، أو شاربوا خمر، أو على إقرارهم أن المدعي مُبطل في هذه الدعوى، أو على إقرارهم أنَّهم شهدوا بالزور، وفي هذه الوجوه لا تقبل الشهادة.

وإمَّا أن أقام على جرح فيه إيجاب حق من حقوق العباد، أو إيجاب حق من حقوق الشرع، نحو أن أقام المدعى عليه البينة أنَّهم زنوا، أو أنَّهم شربوا الخمر، أو أنَّهم سرقوا مني، أو أنَّهم شركاء في المشهود به، أو أنَّهم صالحوني على كذا من المال على أن لا يشهدوا عليَّ، ودفعت ذلك إليهم، أو أنَّهم عبيد، أو محدودون في قذف، أو على إقرار المدَّعي أنه استأجرهم على هذه الشهادة، أو على إقرارهم أنَّهم لم يحضروا ذلك المجلس الذي كان فيه هذا الأمر، قُبلت شهادتهم.

وإنما لم تقبل الشهادة على الجرح المفرد عندنا لوجوه ثلاثة:

أحدها: أنَّها قامت على إبطال شهادة المدعي ونفيها، والشهادة على النفي باطلة؛ لأنَّ الشهادة صارت حجة شرعًا، بخلاف القياس في الإثبات؛ قال صلَّى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، جعل جنس البينة حجة المدعي، والمدعي مثبت، والشرع الوارد يجعلها حجة في الإثبات لا يكون واردًا في النفي؛ إمَّا لأنَّ النفي ضد الإثبات، أو لأنَّ النفي ثابت بغير دليل، أمَّا الإثبات لا بدَّ له من دليل، وهذا بخلاف ما لو أقام بينة أن شهود المدعي محدودون في قذف؛ لأنَّ هذه شهادة قامت على إثبات قضاء القاضي، وقضاء

وَالسَّتْرُ وَاجِبٌ وَالإِشَاعَةُ حَرَامٌ، وَإِنَّمَا يُرَخَّصُ ضَرُورَةَ إِحْيَاءِ الحُقُوقِ وَذَلِكَ

القاضي حق الشرع، أو حق العباد، وبخلاف ما لو أقام بينة أن شهود المدعي عبيد؛ لأنَّه قامت على إثبات حق العبد وهو رق الشهود.

والوجه الثاني: وعليه الاعتماد، أن الشاهد بالشهادة على الجرح المفرد صار فاسقًا؛ لأنَّه ألحق بفاعلها الوعيد الشديد في الدنيا والآخرة بنصِّ القرآن؛ لأنَّه أظهر الفاحشة من غير ضرورة، وإظهار الفاحشة حرام بالنص، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ﴾ [النور: ١٩]، ولهذا قال مشايخنا: سبيل المزكِّي إذا عرف الشاهد فاسقًا أن لا يصرح بفسقه، ولكن يقول: لا أعلم بحاله، ولا أدري أهو عدل أم لا؟

فإن قيل: أليس رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلم أنه قال: «اذكروا الفاجر بما فيه»، قلنا: هو محمول على ما إذا كان ضرره يتعدي إلى غيره، ولا يمكن دفع الضرر عنه إلا بعد الإعلام.

فإن قيل: في إظهار الفاحشة هنا ضرورة، وهي ضرورة دفع الخصومة عن المدعي، فصار كما لو أقام البينة على جرح يدخل تحت حكم الحاكم.

قيل: لا ضرورة؛ لأنَّ الخصومة تندفع بأن يقول ذلك للمدعي أو للقاضي سرًّا، ولا يظهر ذلك في مجلس الحكم، بخلاف ما إذا شهدوا أنَّهم زنوا ووصفوا، أو شربوا الخمر، أو سرقوا منِّي؛ لأنَّ في إظهار الفاحشة ضرورة، وهي ضرورة إقامة الحد على الشهود، وبخلاف ما إذا شهدوا أنَّهم شركاء في المشهود به؛ لأنَّه ليس فيه إظهار الفاحشة فيثبت المشهود به، وصار الثابت بالبينة كالثابت عيانًا، وبخلاف ما إذا شهدوا أنَّهم محدودون في القذف؛ لأنَّه ليس فيه إظهار الفاحشة من جهة الشاهد، وإنما حكي إظهار الفاحشة من غيره وهو شهود القذف، أو القاضي، والحاكي لإظهار الفاحشة من غيره لا يكون مظهرًا للفاحشة، فلم يصر فاسقًا فيثبت المشهود به، وبخلاف ما إذا شهدوا على إقرار المدعي أنَّهم فسقة، أو ما شاكله؛ لأنَّهم ما شهدوا بإظهار الفاحشة وإنما حكوا إظهار الفاحشة من غيره وهو المدعي، فيثبت المشهود به، وبخلاف ما إذا أقام المدعى عليه البينة أنِّي صالحتهم على كذا ودفعتُ إليهم، حيث قبلت البينة وإن كان فيه إظهار الفاحشة؛ لأنَّ فيه ضرورة ليصل إلى المال.

والثالث: أن القاضي إنما يقبل الشهادة على ما يدخل تحت إلزامه؛ لأنَّ قبول الشهادة

فِيمَا يَدْخُلُ تَحْتَ الحُكْمِ (إِلَّا إِذَا شَهِدُوا عَلَى إِقْرَارِ المُدَّعِي بِذَلِكَ تُقْبَلُ) لِأَنَّ الإِقْرَارَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَ الحُكْمِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَقَامَ المُدَّعَى عَلَيْهِ البَيِّنَةَ أَنَّ المُدَّعِيَ اسْتَأْجَرَ الشُّهُودَ لَمْ تُقْبَلْ) لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ عَلَى جَرْحٍ مُجَرَّدٍ، وَالِاسْتِئْجَارُ وَإِنْ كَانَ أَمْرًا زَائِدًا عَلَيْهِ فَلَا خَصْمَ فِي إِثْبَاتِهِ؛ لِأَنَّ المُدَّعَى عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ أَجْنَبِيٌّ عَنْهُ، حَتَّى لَوْ أَقَامَ المُدَّعَى عَلَيْهِ البَيِّنَةَ أَنَّ المُدَّعِيَ اسْتَأْجَرَ

للقضاء والقضاء إلزام، وإلزام الجرح المفرد ليس في وسع القاضي؛ لأنَّ المقضي عليه وهو الشاهد يدفع الجرح المفرد بالتوبة، ثم إذا أقام المدَّعَى عليه بينةً أن الشهود محدودون في قذف فيسأل القاضي، أي: فالقاضي يسأل الشهود من حدِّهم؛ لأن إقامة حد القذف إن حصل من السلطان، أو من نائبه تبطل شهادته، وإن حصل من واحد من الرعايا لا تبطل شهادته إذا لم يكن بإذن الإمام، فلا بدَّ من السؤال عن ذلك.

وقوله: إِلَّا إِذَا شَهِدُوا - أي: شهود المدَّعى عليه - عَلَى إِقْرَارِ المُدَّعِي بِذَلِكَ، أي: بكون شهودي، أي: المدعي أقرَّ بأن شهودي فسقة، حينئذٍ تقبل شهادة شهود المدَّعى عليه؛ لأنَّ ذلك يكون في المعنى بأن المدعي أقرَّ بأنه لا حقَّ لي على المدعى عليه، والمرء مؤاخذ بزعمه.

قوله: وَالِاسْتِئْجَارُ وَإِنْ كَانَ أَمْرًا زَائِدًا، هذا جوابُ سؤال مقدر بأن يقال: إنَّ قول المدعى عليه: إن المدعي استأجر الشهود ليس بجرح مجرد، بل فيه إثبات أمر زائد وهو استئجار المدَّعي وهو إثبات لحق المدعي فيثبت في ضمنه الجرح.

قلنا: نعم كذلك، إلا أن المدعى عليه ليس بنائب عن المدعي في إثبات هذا الحق له، بل هو أجنبي عنه فبقى جرحاً مجردًا.

فإن قيل: ينبغي أن تقبل شهادة شهود المدعى عليه في هذه الصورة من وجه آخر وإن كان جرحًا مجردًا، بأن يجعل شهود المدعى عليه مزكين لشهود المدَّعي، فشهادة الخارج مقبولة في التزكية وإن كان جرحًا مجردًا، حتى أن شاهدين لو شهدا على العدالة، وشاهدين

الشُّهُودَ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ لِيُؤَدُّوا الشَّهَادَةَ وَأَعْطَاهُمُ العَشَرَةَ مِنْ مَالِي الَّذِي كَانَ فِي يَدِهِ تُقْبَلُ لِأَنَّهُ خَصْمٌ فِي ذَلِكَ ثُمَّ يَثْبُتُ الجَرْحُ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا أَقَامَهَا عَلَى أَنِّي صَالَحْتُ الشُّهُودَ عَلَى كَذَا مِنَ المَالِ. وَدَفَعْتُهُ إِلَيْهِمْ عَلَى أَنْ لا يَشْهَدُوا عَلَيَّ بِهَذَا البَاطِلِ وَقَدْ شَهِدُوا وَطَالَبَهُمْ بِرَدِّ ذَلِكَ المَالِ، وَلِهَذَا قُلْنَا إِنَّهُ لَوْ أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّ الشَّاهِدَ عَبْدٌ أَوْ مَحْدُودٌ فِي قَذْفٍ أَوْ شَارِبُ خَمْرٍ أَوْ قَاذِفٌ أَوْ شَرِيكُ المُدَّعِي تُقْبَلُ.

قَالَ: (وَمَنْ شَهِدَ وَلَمْ يَبْرَحْ حَتَّى قَالَ أُوهِمْتُ بَعْضَ شَهَادَتِي، فَإِنْ كَانَ عَدْلًا جَازَتْ شَهَادَتُهُ) وَمَعْنَى قَوْلِهِ أُوهِمْتُ أَيْ أَخْطَأْتُ بِنِسْيَانِ مَا كَانَ يَحِقُّ عَلَيَّ ذِكْرُهُ أَوْ بِزِيَادَةٍ كَانَتْ بَاطِلَةً. وَوَجْهُهُ أَنَّ الشَّاهِدَ قَدْ يُبْتَلَى بِمِثْلِهِ لِمَهَابَةِ مَجْلِسِ القَضَاءِ فَكَانَ العُذْرُ وَاضِحًا فَتُقْبَلُ إِذَا تَدَارَكَهُ فِي أَوَانِهِ وَهُوَ عَدْلٌ.

على الجرح فالجرح أَوْلَى.

قلنا: شهود المدَّعى عليه لمَّا شهدوا بأن شهود المدَّعي أُجَراءه في الشهادة كانوا قائلين بأنَّهم شهود زور، وهو نسبة إلى الفسق، فوجبَ عليهم التعزير فلم يصيروا معدِّلين، والمعدِّل في زماننا يعلم القاضي في السر بفسق الشهود احترازًا عن إشاعة الفاحشة، وتفاديًا عن التعادي فيما بينهم، وقد ذكرناه في مسائل التزكية.

قوله: وَمَنْ شَهِدَ وَلَمْ يَبْرَحْ حَتَّى قَالَ أُوهِمْتُ بَعْضَ شَهَادَتِي، فَإِنْ كَانَ عَدْلًا، أي: إن كانت عدالته ظاهرة عند القاضي، وإن لم يكن فسأل عنه فقيل: إنه عدل، جَازَتْ شَهَادَتُهُ، كذا في «الجامع الصَّغير البرهاني».

قوله: أَوْ بِزِيَادَةٍ كَانَتْ بَاطِلَةً، أي: كانت الزيادة باطلة، والجملة الفعلية التي هي: كَانَتْ بَاطِلَةً، وقعت صفة للنكرة التي هي: بِزِيَادَةٍ، ولكن الشهادة مقبولة فَتُقْبَلُ إِذَا تَدَارَكَهُ فِي أَوَانِهِ، وأوانه ما قبل البراح من مكانه.

بِخِلَافِ مَا إِذَا قَامَ عَنِ المَجْلِسِ ثُمَّ عَادَ وَقَالَ أُوهِمْتُ، لِأَنَّهُ يُوهِمُ الزِّيَادَةَ مِنَ المُدَّعِي بِتَلْبِيسٍ وَخِيَانَةٍ فَوَجَبَ الِاحْتِيَاطُ، وَلِأَنَّ المَجْلِسَ إِذَا اتَّحَدَ لَحِقَ المُلْحَقُ بِأَصْلِ الشَّهَادَةِ فَصَارَ كَكَلَامٍ وَاحِدٍ، وَلَا كَذَلِكَ إِذَا اخْتَلَفَ. وَعَلَى هَذَا إِذَا وَقَعَ الغَلَطُ فِي بَعْضِ الحُدُودِ أَوْ فِي بَعْضِ النَّسَبِ وَهَذَا إِذَا كَانَ مَوْضِعَ شُبْهَةٍ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فَلَا بَأْسَ بِإِعَادَةِ الكَلَامِ أَصْلًا مِثْلُ أَنْ يَدَعَ لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ وَمَا يَجْرِي مَجْرَى ذَلِكَ

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَامَ عَنِ المَجْلِسِ ثُمَّ عَادَ وَقَالَ أُوهِمْتُ، حيث لا يقبل منه ذلك؛ لجواز أنه غرَّه المدعي أو المدَّعى عليه بإطماع حطام الدنيا.

قوله: وَعَلَى هَذَا إِذَا وَقَعَ الغَلَطُ فِي بَعْضِ الحُدُودِ - بأن يذكر الجانب الشرقي مكان الجانب الغربي، أو على العكس - أَوْ فِي بَعْضِ النَّسَبِ، بأن يذكر محمد بن أحمد بن عمر، مكان محمد بن علي بن عمر مثلًا، أي: تقبل شهادته إذا تدارك في مجلسه، ولا تقبل إذا تدارك بعد ما قام عن مجلسه.

قوله: وَهَذَا إِذَا كَانَ مَوْضِعَ شُبْهَةٍ، أي: اعتبار اتحاد المجلس في عدم التلبيس، واعتبار اختلاف المجلس في وجود التلبيس فيما إذا كان ذلك الموضع موضع شبهة التلبيس، بأن يزيد في قدر المال الذي شهد أو ينقص؛ إذ الزيادة في قدر المال الذي كان شهد قبله بمقدار ثم زاد عليه يوهم أن ذلك كان بغرور من المدَّعي، والنقص من قدر المال الذي كان شهد قبله بمقدار يوهم أن ذلك كان بغرور من المدعى عليه، فحينئذٍ لا تقبل زيادته أو نقصه بعد ما قام عن المجلس؛ لأنَّ ذلك موضع شبهة التلبيس على ما قلنا من توهم غرور المدعي أو المدعى عليه.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ تداركه في شهادته فيما لا يحتمل الغرور من جانب المدَّعي أو المدَّعى عليه فلا بأس بأن يتدارك شهادته وَإِنْ قَامَ عَنِ المَجْلِسِ.

قوله: مِثْلُ أَنْ يَدَعَ لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ وَمَا يَجْرِي مَجْرَى ذَلِكَ، بأن يترك ذكر اسم المدَّعي

وَإِنْ قَامَ عَنِ المَجْلِسِ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا.

أو المدَّعى عليه، أو يترك الإشارة إلى المدعي أو المدعى عليه.

فإن قلتَ: ففيما يقبل فيه التدارك من الشاهد سواءٌ كان عند اتحاد المجلس أو بعد اختلافه، في أيِّ وقت فرض صورة المسألة قبل القضاء بتلك الشهادة التي وقع الغلط فيها أم بعد القضاء؟

قلتُ: أمَّا في حق ترك لفظة الشهادة لا يتصور أن يكون بعد القضاء؛ إذ من شرط القضاء أن يشهد الشاهدُ بلفظ أشهد، والمشروط لا يتحقق بدون شرطه، ولو وقع القضاء مع ذلك لا يكون ذلك قضاءً؛ لأنَّ قضائه عند شهادة الشُّهود مبنِي على شهادتهم، فأمَّا إذا لم تكن شهادتهم شهادة لا يكون قضاؤه قضاء أيضًا.

وأمَّا في موضع شبهة التلبيس وهو موضع الزيادة والنقصان ففي «الذخيرة»، و«الجامع الصَّغير» للمحبوبي دليل على أنه لا يتفاوت ذلك التدارك بعد قضاء القاضي أو قبله.

وقال فيهما: روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله: إذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زاد فيها قبل القضاء أو بعده، وقالا: أوهمنا، وهما غير متَّهمين قُبل ذلك منهما، وروى بِشر عن أبي يوسف رحمهما الله في رجل شهد عند القاضي بشهادة ثم يجيء بعد ذلك بيوم وقال: شككتُ في كذا وكذا في شهادتِي التي شهدتُ بها، فإن كان القاضي يعرفه بالصلاح قَبِل شهادته فيما بقي، وإذا كان لا يعرفه بالصلاح فهذه تهمة، وإن كان القاضي يعرفه بالصلاح والدين فقال: رجعتُ عن شهادتِي في كذا وكذا من هذا المال غلطتُّ في ذلك ونسيتُ، فهو مثل قوله: قد شككتُ.

وذكر في «المغني»: وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمهما الله: إذا شهد الشهود بالدار للمدعي وقضى القاضي بشهادته، ثم إن الشهود قالوا: لا ندري لمن البناء، فإنِّي لا أُضمِّنهم قيمة البناء، كأنَّهم قالوا: قد شككنا في شهادتنا، وإن قالوا: ليس البناء للمدعي ضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه، كذا في «المغني».

فعُلِم بهذا أن الشهود في قولهم: شككنا، لا يختلف الحكم بين أن يكون ذلك قبل

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي غَيْرِ المَجْلِسِ إِذَا كَانَ عَدْلًا، وَالظَّاهِرُ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

القضاء أو بعده، في أنه يقبل هذا القول منهم إذا كانوا عدولاً.

وقال الإمام المحبوبي رحمه الله في قوله: أُوهِمْتُ بَعْضَ شَهَادَتِي، لم يبين في الكتاب أنه يجوز شهادته فيما شهد، أو فيما بقي، قال بعضهم: يقضي بجميع ما شهد؛ لأنَّ المشهود له استحق على القاضي القضاء المشهود بشهادته، ووجبَ قضاؤه، فلا يسقط ذلك بقوله: أوهمتُ، وقال: يقضي بما بقي، حتى لو شهد بألف ثم قال: غلطتُّ بل هو خمسمائة، قضى على المشهود عليه بخمسمائة؛ لأنَّ الحادث بعد الشهادة يجعل كالمقرون بأصل الشهادة، وإليه مال الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

قوله: وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي غَيْرِ المَجْلِسِ، أي: في جميع المسائل.

قوله: وَالظَّاهِرُ مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو أن في قوله: أُوهِمْتُ بَعْضَ شَهَادَتِي، تقبل إذا كان في المجلس ولم يبرح بعد، ولا تقبل في ذلك بعد ما قام عن المجلس في موضع شبهة التلبيس، وأمّا في موضع غير شبهة التلبيس يُقبل قول الشاهد في جميع الأوقات، بأن قال: غلطتُّ في ترك لفظ الشهادة مثلًا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

(بَابُ الِاخْتِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ)

قَالَ: (الشَّهَادَةُ إِذَا وَافَقَتِ الدَّعْوَى قُبِلَتْ، وَإِنْ خَالَفَتْهَا لَمْ تُقْبَلْ)؛ لِأَنَّ تَقَدُّمَ الدَّعْوَى فِي حُقُوقِ العِبَادِ شَرْطُ قَبُولِ الشَّهَادَةِ، وَقَدْ وُجِدَتْ فِيمَا يُوَافِقُهَا وَانْعَدَمَتْ فِيمَا يُخَالِفُهَا.

باب الاختلاف في الشهادة

لمَّا ذكر مسائل الاتفاق في الشهادة ذكر في هذا الباب مسائل الاختلاف فيها؛ لأنَّ الأصل هو الاتفاق؛ إذ هو نتيجة الأصول والقضايا المتحدة، والأصل فيهما الاتحاد.

ولأنَّ الاختلاف إنما ينشأ لعارض الجهل والكذب، وكل منهما عارض خصوصًا في حق العدول من الشهود.

قوله: لِأَنَّ تَقَدُّمَ الدَّعْوَى فِي حُقُوقِ العِبَادِ شَرْطُ، هذا احتراز عن حقوق الله تعالى، فإن لقبول الشهادة في حقوق الله تعالى تقدّم الدعوى ليس بشرط؛ لأنَّ رعاية حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد، فكان كل واحد خصمًا في إثباتها، فصار كأن الدعوى موجودة فيها، وأمَّا في حقوق العباد فلسماع الشهادة تقدم الدعوى عند القاضي شرط؛ لأنَّ القاضي إنما نُصِّب لفصل الخصومة، فلا بدَّ لفصل الخصومة من الخصومة وهي الدعوى، وفصله بعد ذلك يفتقر إلى أحد شيئين: وهما الشهادة واليمين، فكانت الشهادة مستدعية لسبق الدعوى من هذا الوجه.

قوله: وَانْعَدَمَتْ فِيمَا يُخَالِفُهَا، أي: الدعوى فيما يخالفها؛ لأنَّ الشهادة لأجل تصديق الدعوى، فإذا خالفتها فقد كذبتها، والدعوى الكاذبة وجودها كعدمها.

ثم إنما اعتبرنا صدق الشاهد لا صدق المدَّعي حتى أعدمنا دعوى المدعي لمخالفته

قَالَ: (وَيُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ الشَّاهِدَيْنِ فِي اللَّفْظِ وَالمَعْنَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، فَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالآخَرُ بِأَلْفَيْنِ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ عَلَى الأَلْفِ إِذَا كَانَ المُدَّعِي يَدَّعِي الأَلْفَيْنِ) وَعَلَى هَذَا المِائَةُ وَالمِائَتَانِ وَالطَّلْقَةُ وَالطَّلْقَتَانِ وَالطَّلْقَةُ وَالثَّلَاثُ. لَهُمَا أَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى الأَلْفِ أَوِ الطَّلْقَةِ وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالزِّيَادَةِ فَيَثْبُتُ مَا اجْتَمَعَا عَلَيْهِ دُونَ مَا تَفَرَّدَ بِهِ أَحَدُهُمَا فَصَارَ كَالأَلْفِ وَالأَلْفِ وَالخَمْسِمِائَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا لَفْظًا، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى اخْتِلَافِ المَعْنَى؛ لِأَنَّهُ يُسْتَفَادُ

الشهادة؛ لأنَّ الأصل في الشهود العدول، خصوصًا على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، ولا يشترط عدالة المدعي لصحة دعواه، فرجحنا جانب الشهود عملاً بالأصل.

وذكر في «الذخيرة»: ثم كما يُشترط الموافقة بين الدعوى والشهادة تشترط الموافقة بين الشاهدين أيضًا؛ لأنَّ القضاء إنما يجوز بالحجة والحجة شهادة المثنى، وبدون الحجة لا يقطع الحكم، وإذا ثبت أن الموافقة شرط كانت المخالفة مانعة للقبول، فبعد ذلك نقول: إن كانت المخالفة بينهما في اللفظ بدون المخالفة في المعنى تقبل شهادته، وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة والآخر على العطية؛ وهذا لأنَّ نفس اللفظ ليس بمقصود في الشهادة، بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علماً عليه، فإذا وجدت الموافقة في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها.

فإذا ثبت هذا جئنا إلى مسألة الكتاب: فَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالآخَرُ بِأَلْفَيْنِ، أي: في الدين، أمَّا إذا كان في البيع، أو في الكتابة، والدعوى من العبد فلا تقبل في شيء أصلًا بالاتفاق على ما يُذكر.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا لَفْظًا، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى اخْتِلَافِ المَعْنَى، ألا ترى أن قولك: زيد، غير قولك: زياد، وكذلك نصر وناصر، وكذلك في الألف والألفين، وإذا ثبت المغايرة كان على كل واحد من الأمرين شاهد واحد، فلا يتمكن القاضي من القضاء بشيء، بخلاف الألف مع الألف وخمسمائة، فإنَّهما اسمان أحدهما معطوف على الآخر،

بِاللَّفْظِ، وَهَذَا لِأَنَّ الأَلْفَ لا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الأَلْفَيْنِ،

فيحصل الاتفاق بينهما على الألف لفظاً ومعنًى.

فإن قلتَ: كما أن الموافقة بين الشاهدين شرط صحة القضاء، فكذلك الموافقة بين الدعوى والشهادة أيضًا شرط صحة القضاء؛ لما ذكر في الكتاب أن: الشَّهَادَةُ إِذَا وَافَقَتِ الدَّعْوَى قُبِلَتْ، وَإِنْ خَالَفَتْهَا لَمْ تُقْبَلْ، ثم لو كان مثل هذا من الألف والألفين بين الدعوى والشهادة تقبل وتصح الدعوى، ذكره في طلاق «المبسوط» وقال: لو ادعى المدَّعي ألفين وشهد شاهدان بألف تقبل الشهادة بالاتفاق، فما جواب أبي حنيفة رضي الله عنه عن هذا؟

قلتُ: جوابه هو أن الاتفاق في اللفظ بين الدعوى والشهادة ليس بشرط حسب اتفاقه بين الشاهدين؛ لأنَّ الموافقة بين الشاهدين في اللفظ شرط من كل وجه، ألا ترى أنه قال: لو ادَّعى الغصب أو القتل وشهد شاهدان بالإقرار به تقبل، ولو شهد أحد الشاهدين بالغصب والآخر على الإقرار بالغصب لم تقبل؛ وهذا لأنَّ الشهادة تعتمد التلفظ، ألا ترى أنَّها لا تقبل ما لم يقل: أشهدُ، والذي يبطل مذهبهما أنه لو شهد شاهدان بتطليقة، وشاهدان بثلاث تطليقات، وفرَّق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا، كان ضمان نصف الصداق على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة، ولو اعتبر ما قالا: أن الواحدة توجد في الثلاث، لكان الضمان عليهم جميعًا.

ولأن مدَّعي الاثنين أو الثلاث لا يكون مقرًّا بالواحد؛ إذ لو كان مقرًّا بالواحد لكان مرتدًّا بالشرك بعد ذلك فينبغي أن يقتل.

ولا يلزم: إذا قال لها زوجها: طلقي نفسك ثلاثًا، فقالت: طلقتُ واحدة، كان ذلك منها جوابًا حتى وقعت واحدة؛ لأنَّا نقول: أن الزوج لمَّا فرض الثلاث صحَّ منه ذلك، وصار الثلاث في يدها فصار أبعاضها في يدها ضرورة، كمن ملك عبدًا يملك يده ورجله.

ولا يلزم: أن الرجل إذا طلق امرأته ألفاً فإن الثلاث تقع؛ لأنَّا نقول: إن الرجل تكلم بالطلاق عن ملك لا عن أمر، من حيث أنه ملك التطليق سُمِّي مالكاً له، فيملك ما يشاء من العدد، إلا أنه لا يتقيد إلا بقدر المحل، إلى هذا أشار في طلاقي «المبسوط»، و«الأسرار».

....

وأمَّا قولهما: أَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى الأَلْفِ أَوِ الطَّلْقَةِ وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالزِّيَادَةِ فَيَثْبُتُ مَا اجْتَمَعَا عَلَيْهِ دُونَ مَا تَفَرَّدَ بِهِ أَحَدُهُمَا، قلنا: نعم إذا ثبت الألفان يثبت الألف في ضمنه، فأمَّا إذا لم يثبت الألفان وهو المتضمن لا يثبت ما في ضمنه؛ لأنَّ شرط ثبوت المتضمن موافقة صاحبه، فصار كما لو شهد أحدهما أنه قال لها: أنت خليَّة، وشهد الآخر أنه قال: بريَّة، يعني: لمَّا كان لفظين متغايرين لما قلنا اعتبر التغاير وان كان موجبهما واحدًا.

ثم اعلم أن هذا كله فيما إذا لم يدع المدعي عقدًا، فأمَّا إذا كان في دعوى العقد فهي ثمان مسائل: البيع، والإجارة، والكتابة، والرهن، والعتق على مال، والخلع، والصلح عن دم العمد، والنكاح.

أمَّا في البيع إذا شهد أحدهما أنه اشترى عبد فلان بألف درهم، وشهد الآخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة لم تقبل هذه الشهادة، سواءٌ كان المدعي يدعي الشراء بألف أو بألف وخمسمائة، وسواء وجد الدعوى من البائع أو من المشتري؛ لأنَّ دعوى الشراء قبل التسليم دعوى العقد، والعقد بألف غير العقد بألف وخمسمائة، فإذا لم يتفقا على الثمن لم يثبت أحد العقدين، ويجيء هذا كله مشروحًا في هذا الباب، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله.

فإن قلتَ: على قولهما وهو: أنَّهما يقبلان الشهادة على الأقل إذا اختلف الشاهدان، سواءٌ كان ذلك في الدُّيون أو في الطلقات، يُشكل ما ذكره في «الذخيرة» فقال: ولو شهد ثلاثةٌ، شهد أحدهما بتطليقة واحدة، وشهد الآخر بتطليقتين، وشهد الثالث بثلاث تطليقات، وقد دخل بها فهي طالق ثلاثـًا، فما وجهه؟

قلتُ: وجهه أيضًا فيما ذكره فيها وهو: أن الشاهد بالثلاث والشاهد بالطلقتين اتفقا على الطلقتين، فيقضى بوقوع ما اتفقا عليه فتقع تطليقتان، بقي الشاهد بالثلاث شاهدًا بتطليقة أخرى، وقد انضم إلى شهادته شهادة الذي شهد أولًا بتطليقة فتقع هذه التطليقة أيضًا، فتقع ثلاث تطليقات لهذا، وإن لم يدخل بها تقعُ تطليقتان؛ لأنَّا لمَّا قضينا بوقوع التطليقتين فقد بانت منه فلا يتصور وقوع تطليقة أخرى بعد ذلك.

بَلْ هُمَا جُمْلَتَانِ مُتَبَايِنَتَانِ فَحَصَلَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاهِدٌ وَاحِدٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ المَالِ.

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالأَلْفِ وَالآخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ وَالمُدَّعِي يَدَّعِي أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى الأَلْفِ) لِاتِّفَاقِ الشَّاهِدَيْنِ عَلَيْهَا لَفْظًا وَمَعْنًى؛ لِأَنَّ الأَلْفَ وَالخَمْسَمِائَةِ جُمْلَتَانِ عُطِفَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى وَالعَطْفُ يُقَرِّرُ الأَوَّلَ وَنَظِيرُهُ الطَّلْقَةُ وَالطَّلْقَةُ وَالنِّصْفُ وَالمِائَةُ وَالمِائَةُ وَالخَمْسُونَ، بِخِلَافِ العَشَرَةِ وَالخَمْسَةَ

قوله: بَلْ هُمَا جُمْلَتَانِ مُتَبَايِنَتَانِ، أي: كلمتان متباينتان، إحداهما لفظ الألف والأخرى لفظ الألفان، وكذلك فيما بعده وهو **قوله**: لِأَنَّ الأَلْفَ وَالخَمْسَمِائَةِ جُمْلَتَانِ عُطِفَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى، ولم يرد به الجملة النحوية، وهي المركبة من فعل وفاعل، أو مبتدأ وخبر.

قوله: كَمَا إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ المَالِ، بأن شهد أحدهما مثلًا على كرٍّ حنطة والآخر على كرٍّ شعير لا يجوز أصلًا.

أمَّا إذا شهد شاهدان على رجل بألف درهم، إلا أن أحدهما قال: إنه سود، وقال الآخر: بيض، وللبيض فضل على السود، فإن كان المدَّعي يدعي السود لا تقبل شهادتهما أصلًا؛ لأنَّه ادعى أقلَّ المالين، فصار مكذبًا الشاهد الذي شهد بالبيض فلا تقبل شهادتهما، إلا أن يوافق المدعي فيقول: كان لي عليه بيض إلا أنِّي أبرأته عن صفة الجودة، وعلم به ذلك الشاهد ولم يعلم هذا الشاهد، فحينئذٍ تقبل شهادتهما على السود، وإن كان يدعي البيض تقبل شهادتهما على السود؛ لأنَّهما اتفقا على الأقل لفظاً ومعنًى، وكذلك في جميع المواضع في الجنس الواحد، وأمَّا إذا اختلف الجنس كما في الحنطة والشعير فلا تقبل شهادتهما، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَنَظِيرُهُ الطَّلْقَةُ وَالطَّلْقَةُ وَالنِّصْفُ، أي: شهد أحد الشاهدين بالطلقة والآخر بالطلقة والنصف، تقبل شهادتهما على الطلقة؛ لاتفاقهما عليها.

قوله: بِخِلَافِ العَشَرَةِ وَالخَمْسَةَ عَشَرَ، أي: ادعى المدَّعي على رجل خمسة عشر

عَشَرَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهُمَا حَرْفُ العَطْفِ فَهُوَ نَظِيرُ الأَلْفِ وَالأَلْفَيْنِ (وَإِنْ قَالَ المُدَّعِي لَمْ يَكُنْ لِي عَلَيْهِ إِلَّا الأَلْفُ فَشَهَادَةُ الَّذِي شَهِدَ بِالأَلْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ بَاطِلَةٌ)؛ لِأَنَّهُ كَذَّبَهُ المُدَّعِي فِي المَشْهُودِ بِهِ، وَكَذَا إِذَا سَكَتَ إِلَّا عَنْ دَعْوَى الأَلْفِ؛ لِأَنَّ التَّكْذِيبَ

درهمًا وأقام شاهدين، فشهد أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر حيث لا يقضى في شيء في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، فرق بين هذا وبين ما إِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالأَلْفِ وَشَهِدَ الآخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ وَالمُدَّعِي يَدَّعِي أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ؛ حَيْثُ قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى الأَلْفِ بالاتفاق؛ لأنَّ عند أبي حنيفة رحمه الله الموافقة من حيث اللفظ شرط بين الشهادتين ولم يوجد؛ لأنَّ خمسة عشر تذكر من غير حرف العطف، فكانت كلمة واحدة وهي غير العشرة فلم توجد الموافقة، فكان نَظِيرُ الأَلْفِ وَالأَلْفَيْنِ، أمَّا ألف وخمسمائة تذكر بحرف العطف فكانتا كلمتين، وقد وجدت الموافقة في كلمة واحدة، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَإِنْ قَالَ المُدَّعِي لَمْ يَكُنْ ... إِلَّا الأَلْفُ، يعني: أن المدعي إذا كان ادَّعى أقل المالين عند شهادة أحد الشاهدين بالألف والآخر بألف وخمسمائة، لا يقضي القاضي بشيءٍ أصلًا؛ لأنَّ المدعي كذَّب الشاهد الذي شهد بألف وخمسمائة، وتكذيب الشاهد تفسيقٌ فكان مبطلًا شهادته، فبقي شاهدٌ واحدٌ فلا يقضي القاضي به لانفراده.

فإن قلتَ: المدَّعي لم يكذب الشاهد الذي شهد بألف وخمسمائة في جميع ما شهد، بل كذبه في بعضه وهو الخمسمائة، فلِمَ لا يقضي القاضي بالباقي؟ كما في تكذيب المقر له المقرَّ في بعض ما أقر، حيث يقضي القاضي على المقر بما بقي بعد التكذيب.

قلتُ: الفرق بينهما هو ما ذكرنا أن المدعي كذَّبه في بعض ما شهد به وتكذيب الشاهد تفسيق، فشهادة الفاسق لا تقبل فكان فسقه مبطلًا شهادته، وكذلك في الإقرار كذَّب المقر له المقرَّ في بعض ما أقرَّ به، وهو أيضًا تفسيق له، إلا أن فسق المقر لا يمنع صحة إقراره، فلذلك صح إقراره فيما بقي.

قوله: وَكَذَلِكَ إِذَا سَكَتَ، أي: سكت عن قوله: لَمْ يَكُنْ إِلَّا الأَلْفُ، وعن ذكر التوفيق،

ظَاهِرٌ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّوْفِيقِ، وَلَوْ قَالَ: كَانَ أَصْلُ حَقِّي أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٍ وَلَكِنِّي اسْتَوْفَيْتُ خَمْسَمِائَةٍ أَوْ أَبْرَأْتُهُ عَنْهَا قُبِلَتْ لِتَوْفِيقِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَا بِأَلْفٍ وَقَالَ أَحَدُهُمَا قَضَاهُ مِنْهَا خَمْسَمِائَةٍ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا بِالأَلْفِ) لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ (وَلَمْ يُسْمَعْ قَوْلُهُ إِنَّهُ قَضَاهُ) لِأَنَّهُ شَهَادَةُ فَرْدٍ (إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ مَعَهُ آخَرُ)

أي: لم يقل هذين الوجهين، بل ادَّعى الألف لا غير والمسألة بحالها؛ حيث شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألف وخمسمائة لا يقضي القاضي للمدعي بشيء، كما لو قال: لم يكن لي عليه من الابتداء إلا الألف؛ لأنَّ التكذيب ثابت ظاهرًا، فلا تقبل شهادتهما من غير ذكر التوفيق، وقد ذكرنا فيما قبل أن فيما يحتمل التوفيق الأصح أن يذكر التوفيق صريحًا، ولا يكتفي بالاحتمال.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: هذا الذي ذكره في السكوت جواب الاستحسان، وأمَّا جواب القياس فإنه يقبل لإمكان التوفيق، فكان حاصل أحوال مدَّعي أقل المالين عند اختلاف الشاهدين لا يخلو عن ثلاثة أوجه بقسمة عقلية:

(١) إمَّا أن يكذب من شهد له بالزيادة بأن يقول: لم يكن لي عليه من الابتداء إلا الألف.

(٢) أو يوفق بأن قال: كان لي عليه ألف وخمسمائة إلا أنِّي استوفيتُ منه خمسمائة، أو أبرأته عنها.

(٣) أو سكت عن ذكر هذين الوجهين بل يدعي الألف لا غيرُ، وجواب كلها مذكور.

قوله: لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ، أي: على وجوب الألف على المدعى عليه؛ لأنَّهما شهدا بالألف للمدعي على المدعي عليه.

فإن قيل: ينبغي أن لا يقبل؛ لأنَّ أحد الشاهدين بقوله: قضاه خمسمائة، صار مناقضًا لشهادته أولًا بأن للمدعي على المدعى عليه ألفًا؛ لأنَّه إذا قضاه خمسمائة لا يكون للمدعي على المدعى عليه ألف، بل يكون له خمسمائة لا غير.

قلنا: لا يكون مناقضًا؛ لأنَّ طريق قضاء الدين المقاصة، فبقضاء الخمسمائة لا يبطل وجوب الألف؛ لأنَّه إذا قضى المديون خمسمائة يجب للمديون على رب الدين خمسمائة

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَقْضِي بِخَمْسِمِائَةٍ، لِأَنَّ شَاهِدَ الْقَضَاءِ مَضْمُونُ شَهَادَتِهِ أَنْ لا دَيْنَ إِلَّا خَمْسُمِائَةٍ. وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

باعتبار القبض؛ لأنَّ هذا الذي قبضه عين والذي كان له على مديونه دين، والعين غير الدين فلا يقضى به، فكان الألف على المديون باقيًا على حاله، لكن القبض بطريق التملك موجب الضمان فبطل لذلك مطالبة رب الدين مديونه عن الخمسمائة لعدم الفائدة؛ لأنَّه لو طالبه بالخمسمائة يطالبه المديون أيضًا بما قضاه وهو الخمسمائة، فوقعت المقاصة فيما وجب على المديون بما وجبَ على رب الدين في حق تلك الخمسمائة المقضي بها ضرورة، فكان شهادتهما بالألف للمدعي نظرًا إلى ابتداء الوجوب صدقاً.

قوله: لِأَنَّ شَاهِدَ الْقَضَاءِ مَضْمُونُ شَهَادَتِهِ أَنْ لا دَيْنَ إِلَّا خَمْسُمِائَةٍ؛ لأنَّ من مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إن شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بخمسمائة يقضي القاضي بخمسمائة، لكن لم يوافقه محمد رحمه الله في هذا؛ لأنَّه لم يشهد بالخمسمائة ابتداءً، بل اتفق الشاهدان بوجوب الألف للمدعي على المدعى عليه.

قوله: وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا، وهو قوله: لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ، إلى آخره.

ولو قال قائل من جانب أبي يوسف رحمه الله: أن المشهود له كذَّب أحد شاهديه وهو الشاهد الذي شهد بقضائه الخمسمائة، فإن المدعي لما ادَّعى الألف في الحال كان ذلك تكذيبًا له، وتكذيب المشهود له الشاهد موجب للرد؛ لأنَّ ذلك تفسيق منه إيَّاه، قلنا: لم يكذبه فيما شهد له بل كذبه فيما شهد عليه، وذلك لا يقدح في شهادته، بيانه: أن الشاهدين إذا شهدا لإنسان بمال ثم شهدا عليه بمال لإنسان آخر، فكذبهما المشهود عليه الذي هو مشهود له أولاً يقضي له بما شهدا له، وإن كان هو يفسقهما فيما شهدا عليه؛ لأنَّ هذا تفسيق عن اضطرار، والموجب للرد هو التفسيق عن اختيار.

وكذلك لو شهد الشاهدان لرجل على رجل بألف درهم ومائة دينار، فكذبهما المشهود له في المائة الدينار تقبل شهادتهما على ألف درهم، إلى هذا أشار في «الجامع الصَّغير» لقاضي خان، و«الفوائد الظهيريَّة»، و«الجامع الصَّغير» للإمام المحبوبي رحمهم الله.

قَالَ: (وَيَنْبَغِي لِلشَّاهِدِ) إذَا عَلِمَ بِذَلِكَ (أَنْ لا يَشْهَدَ بِأَلْفٍ حَتَّى يُقِرَّ الْمُدَّعِي أَنَّهُ قَبَضَ خَمْسَمِائَةٍ) كَيْ لا يَصِيرَ مُعِينًا عَلَى الظُّلْمِ. (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: رَجُلَانِ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ بِقَرْضٍ أَلْفِ دِرْهَمٍ فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَدْ قَضَاهَا، فَالشَّهَادَةُ جَائِزَةٌ عَلَى القَرْضِ) لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ، وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالقَضَاءِ عَلَى مَا بَيَّنَّا. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ لا تُقْبَلُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ المُدَّعِيَ أَكْذَبَ شَاهِدَ القَضَاءِ.

قُلْنَا: هَذَا إكْذَابٌ فِي غَيْرِ المَشْهُودِ بِهِ الأَوَّلِ وَهُوَ القَرْضُ وَمِثْلُهُ لا يَمْنَعُ القَبُولَ.

قال الفقيه أبو الليث في شرح «الجامع الصَّغير»: لا يحل للشاهد الذي يعلم القضاء أن يشهد على أصل الدين؛ لعلمه أن المدعي يدعي المال بغير حق.

قوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: رَجُلَانِ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ بِقَرْضٍ أَلْفِ دِرْهَمٍ، إلى آخره، والتفاوت بين مسألة «الجامع الصَّغير» وبين المسألة التي ذكر قبلها، ففي مسألة «الجامع الصَّغير» أن أحد الشاهدين شهد ثانيًا بقضاء المديون كل ما كان للمشهود له عليه، وفيما قبلها شهد بالقضاء في بعض ما شهد للمشهود له.

قوله: قُلْنَا: هَذَا إكْذَابٌ فِي غَيْرِ المَشْهُودِ بِهِ الأَوَّلِ وَهُوَ القَرْضُ، أي: المشهود به الأول وهو القرض لم يوجد في حقه التكذيب وهو له، وإنَّما وجد التكذيب فيما عليه وهو الشهادة بالقضاء وهو غير المشهود به الأول، وقد ذكرنا أن مثله لا يضر، فكان هذا التكذيب من المدَّعي راجعًا إلى ما شهد عليه وهو القضاء، لا إلى ما شهد له وهو القرض.

وحاصله أن تفسيق المدَّعي الشهود يوجب الرد، وأمَّا تفسيق المدَّعى عليه الشهود لا يوجبُ الرد؛ لأنَّ من زعم المدعى عليه أن الشهود كذبة فيما شهدوا به عليه؛ لأنَّه لو صدقهم لوجب الحق عليه باعترافه، فحينئذٍ لا يحتاج إلى الشهود، ولو اعتبر تفسيقه ردًّا للشهادة لما ثبت حكمٌ ما بشهادة الشهود، وفيه انسداد باب القضاء بالشهادة وهو مفتوح، فعُلِم بهذا أن بتكذيب المدعى عليه الشهود لا يلزم تفسيق الشُّهود، ولمَّا كان كذلك كان تكذيب المدَّعي الشهود في القضاء إنما كان في حال كونه مدَّعًى عليه في حق القضاء، فتكذيبهم فيه لا يوجب

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ قَتَلَ زَيْدًا يَوْمَ النَّحْرِ بِمَكَّةَ وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ قَتَلَهُ يَوْمَ النَّحْرِ بِالكُوفَةِ وَاجْتَمَعُوا عِنْدَ الحَاكِمِ لَمْ يَقْبَلِ الشَّهَادَتَيْنِ) لِأَنَّ إِحْدَاهُمَا كَاذِبَةٌ بِيَقِينٍ وَلَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا بِأَوْلَى مِنَ الأُخْرَى (فَإِنْ سَبَقَتْ إِحْدَاهُمَا وَقَضَى بِهَا ثُمَّ حَضَرَتِ

تفسيقهم؛ لما قلنا: أن تكذيب المدعى عليه لا يوجب التفسيق.

فإن قيل: ينبغي أن يكون هذا التكذيب مؤثرًا في حق المدَّعى حتى لا يثبت القرض، وإن لم يكن مؤثرًا في حق القضاء.

قلنا: ظهور التكذيب في حق القرض بناء على ظهوره في حق القضاء، وقد قلنا: أنه لا يظهر في حق القضاء؛ لما ذكرنا أن قضاء الدين ليس بمشهود به، فلا يظهر في حق القرض.

قوله: وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ قَتَلَ زَيْدًا يَوْمَ النَّحْرِ بِمَكَّةَ، إلى آخره، وفي «الذخيرة»: وإذا شهد أحد الشاهدين على القتل والآخر على إقرار القاتل بالقتل لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنَّ القتل فعلٌ والإقرار قولٌ، والقول غير الفعل فاختلف المشهود به، وكذلك لو اتفقا على القتل واختلفا في المكان أو الزمان لا تقبل الشهادة؛ لأنَّ المشهود به قد اختلف؛ لأنَّ الفعل الثانِي غير الفعل الأول حقيقةً وحكماً، أمَّا حقيقةً فظاهر؛ لأنَّ الأول حركات مضت، والثانِي حركات يحدثها الله تعالى الآن.

وأمَّا حكماً؛ فلأنه لا يمكن أن يجعل الثانِي إخبارًا عن الأول حتى يصير تكرارًا للأول وإعادة له؛ لأنَّ الإخبار عن الفعل بالفعل لا يكون، فكان الثانِي فعلًا آخر غير الفعل للأول حقيقةً وحكماً، وكذلك كلما يكون من باب الفعل نحو الشجة وغير ذلك، فاختلاف الشهود في الإنشاء والإقرار، وفي الزمان أو في المكان يمنع قبول الشهادة، وكذلك إذا اختلفا في الآلة التي كان بها القتل، فإن شهد أحدهما أنه قتله بالعصا الكبير، والآخر قتله بيده لا تقبل الشهادة؛ لأنَّ المشهود به قد اختلف؛ ولأن القتل يختلف باختلاف الآلة.

وذكر فيها وفي «المغني» أيضًا: وكل شهاة على فعل اختلف فيه الشاهدان في المكان فإنَّها لا تقبل، إلا في مسألة واحدة ذكرها داود بن رستم عن محمد رحمهما الله: ذمي شهد

الأُخْرَى لَمْ تُقْبَلْ)؛ لِأَنَّ الأُولَى تَرَجَّحَتْ بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهَا فَلَا تُنْتَقَضُ بِالثَّانِيَةِ. (وَإِذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ بَقَرَةً وَاخْتَلَفَا فِي لَوْنِهَا قُطِعَ، وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا بَقَرَةً وَقَالَ الآخَرُ ثَوْرًا لَمْ يُقْطَعْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - (وَقَالَا: لا يُقْطَعُ فِي الوَجْهَيْنِ) جَمِيعًا، وَقِيلَ الِاخْتِلَافُ فِي لَوْنَيْنِ يَتَشَابَهَانِ كَالسَّوَادِ وَالحُمْرَةِ لا فِي السَّوَادِ وَالبَيَاضِ، وَقِيلَ هُوَ فِي جَمِيعِ الأَلْوَانِ. لَهُمَا أَنَّ السَّرِقَةَ فِي السَّوْدَاءِ غَيْرُهَا فِي البَيْضَاءِ فَلَمْ يَتِمَّ عَلَى كُلِّ فِعْلٍ نِصَابُ الشَّهَادَةِ وَصَارَ كَالغَصْبِ بَلْ أَوْلَى، لِأَنَّ أَمْرَ الحَدِّ

عليه شاهدان فشهد أحدهما أنه رآه يصلي في مسجد بني زائدة شهرًا، وشهد آخر أنه رآه يصلي في مسجد بني عامر شهرًا، أو شهد أحدهما أنّي رأيته يصلي بالكوفة سنةً، وقال آخر رأيته يصلي بالشام، فإنّي أجيز شهادتهما وأجيزه على الإسلام، ولكن لا أقتله.

قوله: لِأَنَّ الأُولَى تَرَجَّحَتْ بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهَا فَلَا تُنْتَقَضُ بِالثَّانِيَةِ، نظيره رجل معه ثوبان أحدهما نجس فتحرى وصلى في أحدهما، ثم وقع تحريه على طهارة الآخر لا تجوز له الصلاة فيه؛ لأنَّ الأول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض هو بوقوع التحري في الآخر.

قوله: وَإِذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ بَقَرَةً وَاخْتَلَفَا فِي لَوْنِهَا قُطِعَ، إلى قوله: وَقَالَا: لا يُقْطَعُ، هذا الخلاف فيما إذا كان المدَّعي يدعي سرقة بقرة فقط، أمَّا إذا ادعى سرقة بقرة بيضاء أو سوداء لا تقبل شهادتهما بالإجماع؛ لأنَّه كذَّب أحد الشاهدين.

وكذا الخلاف فيما إذا شهدا أنه سرق ثوبًا فقال أحدهما: هرويّ، وقال الآخر: مرويّ، فإن اختلفا في الزمان أو المكان لم تقبل عندهم، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَقِيلَ الِاخْتِلَافُ فِي لَوْنَيْنِ يَتَشَابَهَانِ كَالسَّوَادِ وَالحُمْرَةِ، وأمَّا في ثوبين لا يتشابهان كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة بالإجماع، كذا ذكره الكرخي رحمه الله، والأصح أن الكل على الخلاف، كذا في «المبسوط»، و«الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لِأَنَّ أَمْرَ الحَدِّ أَهَمُّ، أي: أمر الحد أعسر في الإثبات من الغصب؛ لأنَّ الحد

أَهَمُّ وَصَارَ كَالذُّكُورَةِ وَالأُنُوثَةِ. وَلَهُ أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمْكِنٌ لِأَنَّ التَّحَمُّلَ فِي اللَّيَالِي مِنْ بَعِيدٍ وَاللَّوْنَانِ يَتَشَابَهَانِ أَوْ يَجْتَمِعَانِ فِي وَاحِدٍ فَيَكُونُ السَّوَادُ مِنْ جَانِبٍ وَهَذَا يُبْصِرُهُ وَالبَيَاضُ مِنْ جَانِبٍ آخَرَ وَهَذَا الآخَرُ يُشَاهِدُهُ، بِخِلَافِ الغَصْبِ؛ لِأَنَّ التَّحَمُّلَ فِيهِ

لا يثبت بالشهادة على الشهادة، ولا يثبت بشهادة النساء، ولا يثبت بأقل من الأربعة في الشهود، بخلاف الغصب، فلمَّا لم يثبت الغصب بمثل هذه الشهادة مع أنه أيسر ثبوتًا من الحد، فلأَن لا يثبت الحد بهذه الشهادة أوْلَى.

قوله: وَلَهُ أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمْكِنٌ، إلى **قوله:** وَاللَّوْنَانِ يَتَشَابَهَانِ، فإن قيل: هذا احتيال وطلب توفيق لإثبات الحد وهو القطع، والحد يحتال لدرئه لا لإثباته.

قلنا: إن القطع لا يضاف إلى إثبات الوصف؛ لأَنَّهما لم يكلفا نقله، فصار كما إذا اختلفا في ثياب السارق؛ وهذا لأَنَّهما يكلفان بيان القيمة ليعلم أنه هل كان نصاباً، فأمَّا اللون فلا، وإذا لم يكن القطع مضافاً إلى بيان الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التي تثبت مع الشبهات، فصح الاحتيال فيه للإثبات إحياءً للحقوق بقدر الإمكان والتوفيق ممكن، كذا ذكره الإمام الكُشانِي رحمه الله.

قوله: وَاللَّوْنَانِ يَتَشَابَهَانِ - كالحمرة والصفرة - أَوْ يَجْتَمِعَانِ، بأن كان أحد جانبيها أسود والجانب الآخر أبيض.

فإن قيل: لو كانت البقرة على هذين اللونين تسمى تلك البقرة حينئذٍ بلقاء لا سوداء ولا بيضاء؟ قلنا: نعم ولكن في حق من يعرف اللونين، أمَّا في حق من لا يعرف إلا أحدهما فهو عنده على ذلك اللون، كذا ذكره في سرقة «المبسوط».

وذكر فيه أيضًا: وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: اختلفا فيما لم يكلفا نقله، والتوفيق ممكن فتقبل الشهادة، كما لو اختلف شهود الزنا من الزاويتين في بيتٍ واحدٍ، وبيان الوصف أنَّهما لو سكتا عن بيان لون البقرة لم يكلفهما القاضي بيان ذلك، وبهذا يتبيَّن أنه ليس من صُلب الشهادة، والاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة إذا كان على وجه يمكن التوفيق

بِالنَّهَارِ عَلَى قُرْبٍ مِنْهُ، وَالذُّكُورَةُ وَالأُنُوثَةُ لا يَجْتَمِعَانِ فِي وَاحِدَةٍ، وَكَذَا الوُقُوفُ عَلَى ذَلِكَ بِالقُرْبِ مِنْهُ فَلَا يَشْتَبِهُ.

قَالَ: (وَمَنْ شَهِدَ لِرَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَى عَبْدًا مِنْ فُلَانٍ بِأَلْفٍ وَشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ)؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ إِثْبَاتُ السَّبَبِ وَهُوَ العَقْدُ وَيَخْتَلِفُ

لا يمنع قبول الشهادة، وهاهنا التوفيق ممكن بأن كان أحد جانبيها أبيض والآخر أسود.

قوله: وَكَذَا الوُقُوفُ عَلَى ذَلِكَ بِالقُرْبِ مِنْهُ، أي: الوقوف على صفة الذكورة والأنوثة لا يكون إلا بعد القرب منها، وعند ذلك لا يشتبه فلا حاجة إلى التوفيق، كذا في «المبسوط».

وقوله: لِأَنَّ التَّحَمُّلَ فِي اللَّيَالِي، أي: أكثر السرقات تكون في الليالي، فكان التحمل فيها غالبًا.

قوله: بِخِلَافِ الغَصْبِ لِأَنَّ التَّحَمُّلَ فِيهِ بِالنَّهَارِ، أي: غالبًا.

قوله: وَكَذَا الوُقُوفُ عَلَى ذَلِكَ، أي: على وصف الذكورة والأنوثة.

قوله: وَمَنْ شَهِدَ لِرَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَى عَبْدًا مِنْ فُلَانٍ بِأَلْفٍ وَشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ؛ لأنَّهما لم يتفقا على عقدٍ واحدٍ؛ لأنَّ الشراء بألف غير الشراء بألف وخمسمائة، وكذلك البيع والكتابة إذا اختلف الشاهدان على نحو ما بينا.

وذكر شيخ الإسلام علاء الدين السمرقندي رحمه الله في «شرح الجامع» في آخر الباب من الإقرار الذي يختلف فيه المنطق: قال السيد الإمام: إذا ادعى الشراء فشهد أحدهما بالشراء بألف والآخر بالشراء بألف وخمسمائة أنه تقبل، ولو اختلف الجنس بأن شهد أحدهما بالشراء بألف درهم والآخر بالشراء بمائة دينار لا تقبل؛ لأنَّ الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة، بأن يشتري بألف ثم يزيد في الثمن خمسمائة فقد اتفقا على الشراء الواحد، أمَّا الشراء الواحد فلا يكون شراءً بألف درهم ثم يصير شراءً بمائة دينار، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لِأَنَّ المَقْصُودَ إِثْبَاتُ السَّبَبِ وَهُوَ العَقْدُ، فإن قيل: لا، بل المقصود الحكم وهو

بِاخْتِلَافِ الثَّمَنِ فَاخْتَلَفَ المَشْهُودُ بِهِ وَلَمْ يَتِمَّ العَدَدُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ، وَلِأَنَّ المُدَّعِيَ يُكَذِّبُ أَحَدَ شَاهِدَيْهِ وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ المُدَّعِي هُوَ البَائِعَ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَدَّعِيَ المُدَّعِي أَقَلَّ المَالَيْنِ أَوْ أَكْثَرَهُمَا لِمَا بَيَّنَّا (وَكَذَلِكَ الكِتَابَةُ) لِأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ العَقْدُ إِنْ كَانَ المُدَّعِي هُوَ العَبْدَ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا كَانَ هُوَ المَوْلَى لِأَنَّ العِتْقَ لَا يَثْبُتُ

الملك لا السبب؛ لما أن الأسباب لا تراعى لذاتها بل السبب وسيلة للمقصود، فكيف يكون إثبات السبب مقصودًا؟

قلنا: الحكم مقصود في حق العمل والانتفاع، حتى إذا ثبتَ الحكم لا يجب السؤال عن سببه أنه بأيِّ سبب ثبت هذا الحكم؛ فإن الشهادة بالملك المطلق صحيح؛ لما أن المقصود لمباشر السبب حِل الانتفاع، فبعد ما حصل له ذلك لا يبالي أنه بأيِّ سبب حصل، ولكن لو ثبت الحكم لا يثبت إلا بسبب معين، وقد وقع الاختلاف بين الشاهدين في حق ذلك السبب المعين، فكان إثبات ذلك السبب المعين مقصودًا للمدعي والشَّاهدين حتى يثبت الحكم بناءً عليه، فكان مقصودية السبب من حيث الأصالة؛ لأن السبب هو الأصل؛ إذ الحكم في وجوده بناء عليه، فلا شك في أصالة المبنى عليه للبناء، وإلى هذا أشار في فصل الكتابة **بقوله: لِأَنَّ العِتْقَ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ الأَدَاءِ فَكَانَ المَقْصُودُ إِثْبَاتَ السَّبَبِ**، فعُلِم بهذا أن المراد بالأصالة هو تقدم ثبوته على غيره؛ لأنَّ الأصل هو الذي يتقدم وجوده على الفرع.

وقوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى **قوله: لِأَنَّ المَقْصُودَ إِثْبَاتُ السَّبَبِ**.

قوله: وَكَذَلِكَ الكِتَابَةُ، إلى آخره، وفي «الجامع الصَّغير» لقاضي خان رحمه الله: والكتابة بمنزلة البيع إن كان الدعوى من العبد؛ لأنَّه يدعي العقد، وإن كان الدعوى من المولى لا تفيد؛ لأنَّ العقد غير لازم في حق العبد، بل هو متمكن من الفسخ بالتعجيز.

وفي «الجامع الصَّغير» لشمس الأئمة رحمه الله بعد ما ذكر حكم اختلاف الشاهدين في البيع فقال: وكذلك كل عقد لا يجب البدل فيه إلا بالتسمية، كالمكاتبة إذا ادَّعاها العبد وأنكرها المولى، والعتق على مال إذا ادَّعاه العبد وأنكر المولى، والخلع إذا ادَّعته المرأة

قَبْلَ الأَدَاءِ فَكَانَ المَقْصُودُ إِثْبَاتَ السَّبَبِ (وَكَذَا الخُلْعُ وَالإِعْتَاقُ عَلَى مَالٍ وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ العَمْدِ إِذَا كَانَ المُدَّعِي هُوَ المَرْأَةَ أَوِ العَبْدَ أَوِ القَاتِلَ) لِأَنَّ المَقْصُودَ إِثْبَاتُ العَقْدِ وَالحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَتِ الدَّعْوَى مِنْ جَانِبٍ آخَرَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَى الدَّيْنِ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنَ الوُجُوهِ لِأَنَّهُ ثَبَتَ العَفْوُ وَالعِتْقُ وَالطَّلَاقُ بِاعْتِرَافِ صَاحِبِ الحَقِّ فَبَقِيَ الدَّعْوَى فِي الدَّيْنِ وَفِي الرَّهْنِ، إِنْ كَانَ المُدَّعَى هُوَ الرَّهْنَ لا يُقْبَلُ لِأَنَّهُ لا حَظَّ لَهُ

وأنكره الزوج، فأمَّا إذا ادَّعى ذلك المولى أو الزوج فقد ثبت العتق والطلاق بإقراره، وإنما بقي مجرَّد دعوى المال وهو يدعي ألفاً وخمسمائة، فيقضي له عند شهادتهما بالألف لاتفاق الشاهدين عليه لفظاً ومعنًى؛ ولأن الزوج غير مكذب لمن شهد بالأقل، بل هو مدع لذلك وزيادة عليه، وإذا كان الدعوى من المرأة أو العبد فالحاجة إلى القضاء بالسبب، وقد اختلف الشاهدان فيه، وفي النكاح إذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألف وخمسمائة فعلى قولهما هو باطل أيضًا؛ لأنَّ الحاجة إلى القضاء بالسبب سواءٌ كان المدعي هو الزوج أو المرأة، والعقد بألف غير العقد بألف وخمسمائة.

وعند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان المدعي يدعي النكاح بألف وخمسمائة جازت الشهادة على ألف؛ لأنَّ التسمية تنفصل عن أصل العقد في النكاح، ألا ترى أن النكاح يصح من غير تسمية البدل، وأن البدل يجب فيه من غير ذكر، وقد اتفق الشاهدان على أصل العقد فيقضى به مع اختلافهما في التسمية، ويجعل في القضاء بأصل العقد كأنَّهما لم يذكرا شيئاً من المسمى، ثم قد وقع الاختلاف بينهما في المال فيقضى بما اتفقا لفظاً ومعنًى، وهو الأقل إذا ادعي المدَّعي الأكثر كما في دعوى الدين.

وقوله: وَالحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَيْهِ، أي: إلى إثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق بناءً عليه.

قوله: وَإِنْ كَانَتِ الدَّعْوَى مِنْ جَانِبٍ آخَرَ، بأن قال الزوج: طلقتك على ألف وخمسمائة والمرأة تدعي الألف، وكذلك مولى العبد وولي القصاص إذا ادعيا أكثر المالين.

قوله: لِأَنَّهُ لا حَظَّ لَهُ فِي الرَّهْنِ فَعَرِيَتِ الشَّهَادَةُ عَنِ الدَّعْوَى، أي: لا فائدة للراهن

فِي الرَّهْنِ فَعَرِيَتِ الشَّهَادَةُ عَنِ الدَّعْوَى، وَإِنْ كَانَ الْمُرْتَهِنَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَى الدَّيْنِ. وَفِي الإِجَارَةِ إِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي أَوَّلِ الْمُدَّةِ فَهُوَ نَظِيرُ الْبَيْعِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ وَالْمُدَّعِي هُوَ الآجِرُ فَهُوَ دَعْوَى الدَّيْنِ.

في هذه الدعوى؛ لأنَّه ليس له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين، فلمَّا لم تُفد الدعوى فائدتها صارت كأنَّها لا دعوى.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله في هذا وقال: وفي الرهن إن كان الراهن هو المدعي لم تقبل الشهادة؛ لأنَّه أقام البينة على حق غيره، فإن الحق في الرهن للمرتهن دون الراهن، بدليل أن للمرتهن أن يرد الرهن متى شاء، والراهن ليس له ولاية استرداد الرهن متى شاء، فلا تفيد بينة الراهن على إثبات حق الغير.

قوله: وَإِنْ كَانَ - المدعي هو - الْمُرْتَهِنَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَى الدَّيْنِ، أي: يقضي بأقل المالين إجماعًا.

فإن قلتَ: الرهن لا يثبت إلا بإيجاب وقبول فكان عقدًا كسائر العقود، فلمَّا كان كذلك كان اختلاف الشاهدين فيه في قدر المال بمنزلة اختلافهما في البيع والشراء في قدر الثمن، وهناك لا تقبل شهادتهما لاستلزام تكذيب المدعي أحد الشاهدين، فكذلك هاهُنا؛ لأنَّ عقد الرهن بألف وخمسمائة غير عقد الرهن بألف فيجب أن لا يقبل دعوى الرهن، وإن كانت الدعوى من المرتهن.

قلتُ: لمَّا كان عقد الرهن غير لازم في حق المرتهن، لما ذكرنا أن له ولاية الرد متى شاء، جعل عقد الرهن في حقه كعدمه، فكان الاعتبار لدعوى الدين؛ لأنَّ الرهن لا يكون إلا بعد تقدم الدين، فتقبل البيِّنة في حق ثبوت الدين كما في سائر الديون، ويثبت الرهن بالألف ضمنًا وتبعًا للدين، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ وَالْمُدَّعِي هُوَ الآجِرُ فَهُوَ دَعْوَى الدَّيْنِ، والحكم في الدين هو أن يلزم على المدعى عليه ما اتفق عليه الشاهدان، ولا يلزم ما اختلفا فيه، وإنما قيَّد

قَالَ: (فَأَمَّا النِّكَاحُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ بِأَلْفٍ اسْتِحْسَانًا، وَقَالَا: هَذَا بَاطِلٌ فِي النِّكَاحِ أَيْضًا) وَذَكَرَ فِي الأَمَالِي قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ. لَهُمَا أَنَّ هَذَا اخْتِلَافٌ فِي العَقْدِ، لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنَ الجَانِبَيْنِ السَّبَبُ فَأَشْبَهَ البَيْعَ.

بقوله: وَالمُدَّعِي هُوَ الآجِرُ؛ لأنَّه لو ادَّعى المستأجر عقد الإجارة بعد انقضاء مدة الإجارة كان ذلك منه اعترافًا بمال الإجارة، فيجب عليه ما اعترف، فلا حاجة فيه حينئذٍ إلى اتفاق الشاهدين أو اختلافهما.

وقوله: فَأَمَّا النِّكَاحُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ بِأَلْفٍ اسْتِحْسَانًا، وفي «الفوائد الظهيريَّة»: وفي النكاح إن كان المدَّعي هو الزوج فالجواب فيه كالجواب في دعوى البيع والشراء؛ لأنَّ الحاجة هنا إلى إثبات العقد؛ لأنَّ ملك النكاح لا يثبت عليهما بدعوى الزوج فكانت الحاجة إلى إثبات العقد، وإن كان المدعي هو المرأة فالجواب فيه عند أبي حنيفة رضي الله عنه كالجواب في دعوى الدين، وعندهما الجواب فيه كالجواب في دعوى البيع.

وجه قولهما أن الحاجة هنا إلى إثبات العقد لامتناع العقد بإقرار المرأة وحدها، والنكاح بألف غير النكاح بألف وخمسمائة، كالبيع والشراء حذو القذة بالقذة، ولأبي حنيفة رحمه الله أن التسمية في النكاح كما تصح عند العقد تصح بعده، فإنه لو تزوجها ولم يسمِّ لها مهرًا ثم سمِّي لها مهرًا بعد ذلك صحت التسمية، والتسمية في الصحة لا تفتقر إلى إنشاء العقد إنما تفتقر إلى قيام العقد، وقيام العقد تارة يكون حالة الابتداء، وطورًا يكون حالة البقاء، والبينة على العقد لا تقبل حالة البقاء؛ لأنَّ البقاء ثابت لعدم الدليل المُزيل، والشهادة على ما لا يعرف لعدم الدليل المزيل لم تقبل كالشهادة على النفي، فإذا لم يمكن إثبات البقاء بالبينة لا يشترط لقبول البينة على التسمية قبول البينة على بقاء العقد، وابتداء العقد ليس بشرط لصحة التسمية، فلم يكن قبول البينة شرطًا لا ابتداءً ولا بقاءً لصحة القضاء بالتسمية.

وإذا كان كذلك كانت البينة القائمة على التسمية والبينة القائمة على المنفرد سواءً، بخلاف البيع؛ لأنَّ البينة على التسمية، فإذا امتنع القبول في حق العقد امتنع القبول في حق التسمية، بخلاف ما إذا كان المدعي هو الزوج؛ لأنَّ الحاجة فيه إلى إثبات ملك النكاح وإنه

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ المَالَ فِي النِّكَاحِ تَابِعٌ، وَالأَصْلُ فِيهِ الحِلُّ وَالِازْدِوَاجُ وَالمِلْكُ وَلَا اخْتِلَافَ فِي مَا هُوَ الأَصْلُ فَيَثْبُتُ، ثُمَّ إِذَا وَقَعَ الِاخْتِلَافُ فِي التَّبَعِ يَقْضِي بِالأَقَلِّ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ، وَيَسْتَوِي دَعْوَى أَقَلِّ المَالَيْنِ أَوْ أَكْثَرِهِمَا فِي الصَّحِيحِ. ثُمَّ قِيلَ: لِاخْتِلَافٍ فِيمَا إِذَا كَانَتِ المَرْأَةُ هِيَ المُدَّعِيَةَ وَفِيمَا إِذَا كَانَ المُدَّعِي هُوَ الزَّوْجَ إِجْمَاعٌ عَلَى أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ، لِأَنَّ مَقْصُودَهَا قَدْ يَكُونُ المَالَ وَمَقْصُودُهُ لَيْسَ إِلَّا العَقْدَ. وَقِيلَ الِاخْتِلَافُ فِي الفَصْلَيْنِ وَهَذَا أَصَحُّ وَالوَجْهُ مَا ذَكَرْنَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

لا يثبت بإقرار الزوج، إنما يثبت متصلًا بابتداء العقد، وقد تعذر إثبات العقد ابتداءً بالبينة؛ لأنَّ العقد بألف غير العقد بألف وخمسمائة، وفيما إذا كانت المرأة هي المدَّعية ملك النكاح يثبت عليها النكاح بإقرارها؛ لأنَّها هي محل لإثبات ملك النكاح.

والصدر الإمام الشهيد رحمه الله قال في الكتاب: وفي النكاح سواء كان المدعي هو الزوج أو المرأة، فإذا اختلف الشاهدان في قدر المهر والمدعي يدعي بالأقل أو بالأكثر، يقضي بالنكاح بأقل المالين عند أبي حنيفة رحمه الله، وفيه نظر، والجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا في عامة النسخ، والوجه ما قلنا.

قوله: يَقْضِي بِالأَقَلِّ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ، فإن قيل: بل في هذا تكذيب المدعي لأحد الشاهدين كما في البيع؟

قلنا: المال ليس بمقصود هاهنا؛ لما أن النكاح يجوز بدون ذكر المال، ولو لزم التكذيب إنما لزم في البيع، فالتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الأصل وهو العقد، بخلاف البيع فإن المال مقصود فيه، فالتكذيب بالمقصود يوجب نفي الحكم؛ لانعدام نصاب الشهادة.

قوله: وَقِيلَ الِاخْتِلَافُ فِي الفَصْلَيْنِ، أي: خلاف أبي حنيفة مع صاحبيه رحمهم الله في موضعين، وهما ما إذا كان المدَّعي الزوج، وما إذا كان المدعي المرأة.

وقوله: وَهَذَا أَصَحُّ، مخالف لما ذكرنا من رواية «الفوائد الظهيريَّة»: بأن هذه الشهادة

....

لا تقبل على قولهما.

وأمَّا الجواب على قول أبي حنيفة رحمه الله فعلى التفصيل: إن كان المدعي هو الزوج فلا تقبل، وإن كان الدعوى من قبل المرأة تقبل، جعل هذا القول أصح فيها، وذكر وجه الأصح فيها وقد ذكرناه.

وأمَّا وجه الأصح في رواية الكتاب ما ذكره من الدليل في الطرفين من قوله: **لَهُمَا أَنَّ هَذَا الاخْتِلَافُ فِي العَقْدِ**، إلى أن قال: **وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المَالَ فِي النِّكَاحِ تَابِعٌ، وَالأَصْلُ فِيهِ الحِلُّ**، إلى آخره، وإليه أشار بقوله: **وَالوَجْهُ مَا ذَكَرْنَا**؛ لأنَّ هذا الدليل من الطرفين لا يفرق بين أن يكون المدَّعي الزوج أو المرأة، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

تمَّ المجلد السابع من «النِّهاية في شرح الهداية»، ويتلوه المجلد الثامن، وفي أوله (فصل في الشهادة على الإرث) من (كتاب الشهادات).

فهرس المحتويات

في المجلَّد السابع من «النِّهاية في شرح الهداية»

كتابُ الصَّرف

كتابُ الكفالة

كتابُ الحوالة

كتابُ أدب القاضي

كتابُ الشهادات

تم الفهرس

AN-NIHĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

BY
AL-ALLAMA HOUSAMUDDIN HOUSSEIN
BEN ALI BEN HAJJAJ AL-SIGHNAQI
(D. 714 H.)

EDITED BY
AL-HAFIZ AL-MAWLAWI MOHAMMED
AHMAD AL-HAKKANI AL-AFGHANI

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban